

Franz-Josef Waltermann

Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten
im Rahmen von Geschäftsbesorgungen

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE ÜBERTRAGBARKEIT VON GESTALTUNGSRECHTEN
IM RAHMEN VON GESCHÄFTSBESORGUNGEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Franz-Josef Waltermann
aus Münster

1968



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Nörr

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich

Dekan: Prof. Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1968

Inhaltsübersicht

Einführung	1
§ 1 Geschäftsbesorgung	3
§ 2 Die Gestaltungsrechte	7
1. Charakter der Gestaltungsrechte	7
2. Abgrenzung und Einteilung der Gestaltungsrechte	11
§ 3 Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte	19
1. Übertragbarkeit der selbständigen Gestaltungsrechte	20
2. Übertragbarkeit der unselbständigen Gestaltungsrechte	22
§ 4 Grenze des Herausgabeanspruchs aus § 667 BGB und die wirtschaftliche Interessenlage	36
§ 5 Lösungsversuche	43
1. Entstehen der Gestaltungsrechte in der Person des Geschäftsherrn	43
2. Eintritt des Geschäftsherrn in die Vertragsstellung des Beauftragten	47
3. Einwirkungsmöglichkeit auf die Ausübung der Gestaltungsrechte aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis	51
§ 6 Lösungsvorschlag: Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte zur Ausübung	62
1. Die Verfügungsermächtigung	64
2. Anwendung der Verfügungsermächtigung auf die Gestaltungsrechte	68
3. Bedenken aus der Unübertragbarkeit der Gestaltungsrechte	72
Ergebnis	80
Schlußbetrachtung	82

Schrifttumsverzeichnis

- Balog Über das konstitutive Urteil,
in Grünhut Bd. 34, S. 123 ff
- Baur Lehrbuch des Sachenrechts,
4. Auflage,
München und Berlin 1968
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung,
29. Auflage,
München und Berlin 1966
- Bernau Amtsniederlegung des Aufsichtsrates
einer Aktiengesellschaft,
in IherJ 44, S. 225 ff
- Bettermann Kommentar zum Mieterschutzgesetz,
Tübingen 1950
- Über Ausübung, Abtretung und Pfän-
dung des Mietaufhebungsrechts,
in WM 1950 Nr. 1
- Verpflichtungsermächtigung und Ver-
trag zu Lasten Dritter,
in JZ 51, S. 321
- Anmerkung zum Urteil des LG Coburg
in NJW 49, S. 270
- Blomeyer Allgemeines Schuldrecht,
3. Auflage,
Berlin und Frankfurt 1964
- Der Anspruch auf Wandlung und
Minderung,
in AcP 151, 97
- Boetticher Besinnung auf das Gestaltungsrecht,
in Festschrift für Dölle 1963
- Die Wandlung als Gestaltungsakt,
Heidelberg 1938
- Gestaltungsrecht und Unterwerfung
im Privatrecht,
Berlin 1964
- Crome System des Bürgerlichen Rechts,
1. Bd., Tübingen und Leipzig 1900
- Dölle Handeln im Privatrecht,
in Festschrift für F. Schulz 1951
- Juristische Entdeckungen,
Festvortrag auf dem 42. Deutschen
Juristentag 1957, Verhandlungen des
42. Deutschen Juristentages 1957,
II. Bd., S. 1 ff,
Tübingen 1958

- Domnich
Ist gewillkürte Prozeßstandschaft
bei Mietaufhebungsklagen zulässig?
in NJW 54, S. 1589
- Enneccerus
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
1. Bd., 1. Teil: Allgemeiner Teil,
bearb. von Nipperdey
15. Auflage, Tübingen 1959
1. Bd., 2. Teil: Allgemeiner Teil,
bearb. von Nipperdey,
15. Auflage, Tübingen 1960
2. Bd., Schuldrecht,
bearb. von Lehmann,
15. Auflage, Tübingen 1958
3. Bd., Sachenrecht,
bearb. von Wolff-Raiser,
10. Aufl., Tübingen 1957
- Erman
Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
4. Auflage, Münster 1967
Zu den Rechten des Stückkäufers
aus Mängeln der Sache,
in JZ 60, S. 41 ff
- Esser
Lehrbuch des Schuldrechts,
2. Auflage, Karlsruhe 1960
Einführung in die Grundbegriffe
des Rechtes und des Staates,
Wien 1949
- Fikentscher
Das Schuldrecht,
Berlin 1965
- Fischer
Die gewillkürte Prozeßstandschaft
bei Gestaltungsklagen,
Diss. . Mainz 1955
- Friese
Anmerkung zum Urteil des LG
Traunstein,
in NJW 48, S. 345
- v. Gierke
Sachenrecht des Bürgerlichen Rechts,
4. Auflage, Berlin, Frankfurt 1959
- Hans
Mieterschutzgesetz,
Münster 1952
- Heck
Grundriß des Schuldrechts,
Tübingen 1929
- Hedemann
Schuldrecht des Bürgerlichen Rechts,
3. Auflage, Berlin 1949

Henle	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, Schuldrecht, Rostock 1934
Hirsch	Die Übertragung zur Rechtsausübung, Berlin 1910
Ihering	Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Ent- wicklung, III. Teil, 5. Auflage, Leipzig 1906 Der Zweck im Recht I, Leipzig 1877
Isay	Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1900
Isele	Geschäftsbesorgung (Umriss eines Systems), Marburg 1935
Jahr	Die Einrede des bürgerlichen Rechts, in JuS 1964, S. 125 ff; 218 ff; 293 ff
Jander	Die Legitimationsübertragung, in JW 13, S. 471
Köhler	Findet die Lehre von der Einziehungs- ermächtigung im geltenden Bürgerli- chen Recht eine Grundlage? Mainz 1953
Kohler	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Teil, Berlin 1906
Kress	Lehrbuch des Allgemeinen Schuld- rechts, München 1929
Kühne	Die Übertragbarkeit von Gestaltungs- rechten, Diss. Rostock 1929
Lange	Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1966
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 und 2, 8. Auflage, München und Berlin 1967 Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967 Vertrag und Unrecht, Hamburg 1936 Degorierende Kraft des Gerichts- brauchs, zur Frage der Durchführung der Wandlung, in NJW 51, S. 497

Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966
Lent	Zivilprozeßrecht, 11. Auflage, München und Berlin 1963
Leonhard	Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Bd., München und Leipzig 1929
Lewald	Anmerkung zum Urteil des LG Coburg, in NJW 49, S. 628
Löbl	Geltendmachung fremder Forderungs- rechte im eigenen Namen, in AcP 129, S. 257 u. 130, S. 1
Löwenthal	Der Übergang der Gestaltungsrechte unter Lebenden und von Todes wegen Diss. Köln 1932
Ludewig	Die Ermächtigung nach Bürgerlichem Recht, Marburg 1922 Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Ermächtigung nach Bürgerlichem Recht, Diss. Marburg 1921
v. Lübtow	Das Geschäft "wen es angeht" und sog. "antizipiertes Besitzkonstitut", in ZHR 112, S. 227 ff
Molitor	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München und Berlin 1955 Die Kündigung, 2. Auflage, Mannheim 1951
Müller	Hat die Inkassozeession die Wirkung einer Forderungsübertragung? in Seuff. Bl. 72, S. 967
Müller-Freienfels	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Motive	zum Entwurf eines Bürgerlichen Ge- setzbuches, Bd. I und II, Berlin und Leipzig 1888
Nikisch	Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, Allgemeine Lehren, Leipzig 1947 Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952
Nipperdey	Treuhänderschaft und Gesetz Nr. 8 AHK, in Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958

Oertmann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927 Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1928/29
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 27. Auflage, Berlin-München 1968
Patuschka	Ist die Kündigung eine Verfügung? Diss. Jena 1935
Piper	Vertragsübernahme und Vertragsbeitt tritt, 1963
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1933 3. Bd., Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1933
Pohle	Anmerkung zum Urteil des BGH, in MDR 56, S. 156
Protokolle	des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I und II, Berlin 1897/98
Quecke	Gewillkürte Prozeßstandschaft bei Gestaltungsklagen unter besonderer Berücksichtigung von Mietaufhebungs- klagen, Diss. Frankfurt 1951 Anmerkung zum Urteil des LG Frank- furt, in NJW 52, S. 827
Raape	Probleme der Wandlung und Minderung, in Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin 1937
Reichsgerichte- Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd., 1. und 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959/60 2. Bd., 1. Teil und 3. Bd., 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959
Reinicke	Anmerkung zum Urteil des OLG Celle, in NJW 55, S. 671 Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, in NJW 64, S. 2373 ff

Richter	Die fiduziarische Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen, in Gruch. Beitr. 60, S. 766
Roquette	Das Mietrecht, 5. Auflage, Tübingen 1961 Die Abtretbarkeit des Mietaufhebungs- anspruchs, in DR 1940, S. 1990
Rosenberg	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961 Zur Lehre von der gewillkürten Pro- zeßstandschaft, in JZ 52, S. 137
Rosenthal-Bohnenberg	Kommentar zum BGB, 15. Auflage, - Köln, Berlin, Bonn, München 1965
Schlegelberger	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957
Schlochoff	Die Gestaltungsrechte und ihre Über- tragbarkeit, Diss. Breslau 1933
Schmidt	Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, in Gruch. Beitr. 57, S. 241
Schöninger	Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs, in AcP 96, S. 163
Schönke-Schröder-Niese	Zivilprozeßrecht, 8. Auflage, Karlsruhe 1956
Seckel	Die Gestaltungsrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch, in Festschrift für Richard Koch, Berlin 1903
Seydel	Der Fruchterwerb Breslau 1907
Siber	Schuldrecht (Grundriß des Bürgerlichen Rechts), Leipzig 1931
Siebert	Das rechtsgeschäftliche Treuhandver- hältnis, Marburg 1933

Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, Allgem. Teil, und Bd. 2 Schuldrecht I, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 Bd. II, Schuldrecht Bes. Teil, 9. Auflage, Stuttgart 1962 Bd. III, Sachenrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1960
Sohm	Der Gegenstand, Leipzig 1905
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1957 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1930 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1955 3. Teil, 11. Auflage, Berlin 1958 3. Bd., Sachenrecht, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1956
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, I. Bd., Tübingen 1953 II. Bd., Tübingen 1956
Stoll	Abhandlung über Kühne, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, in AcP 135, S. 234
Strohal	Schuldübernahme, in IherJ 57, S. 230
Thon	Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878
Tils	Zur Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Diss. Köln 1933
Titze	Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1948
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., Leipzig 1910 II. Bd., 1. Teil, Leipzig 1914 Die unwiderrufliche Vollmacht, Tübingen 1908

Walsmann	Der Verzicht, Leipzig 1912
Warneyer	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, Berlin 1940
Westermann	Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Auflage, Karlsruhe 1966
Wienstein	Der Begriff der Inkassoession, in DJZ 1905, S. 833
Wieczorek	Zivilprozeßordnung, Berlin 1957
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Auflage, Karlsruhe 1906
Zitelmann	Internationales Privatrecht, 1. Bd., Leipzig 1897 2. Bd., München und Leipzig 1912 Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in AcP 99, S. 1
Zöller	Zivilprozeßordnung, 10. Auflage, München 1968

An weniger bekannten Abkürzungen werden gebraucht:

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BGB	Der Betriebsberater, Zeitschrift
Betrieb	Der Betrieb, Wochenschrift
DR	Deutsches Recht, Zeitschrift
Gruch. Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot
Grünhut	Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
HuW	Haus und Wohnung
IherJ	Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
LM	Das Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MG	Das Mietgericht, Zeitschrift
Nds. Rpfl.	Niedersächsischer Rechtspfleger, Zeitschrift
Seuff. Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
WarnRspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht, Informationsdienst Deutscher Mieter
WPM	Wertpapiermitteilungen, Teil IV B, Wertpapier- und Bankfragen, Rechtsprechung
ZADR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

Einführung

Seit Seckel im Jahre 1903 in seiner Abhandlung "Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts"¹ das Problem der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte erstmalig gründlich untersucht hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, "hinsichtlich der Übertragbarkeit und des Übergangs der Gestaltungsrechte allgemeingültige Sätze aufzustellen, wird der Theorie noch manches Kopfzerbrechen verursachen", ist diese Frage häufig Gegenstand von Untersuchungen gewesen, ohne daß eine endgültige und zufriedenstellende Antwort gefunden wurde. So muß Lehmann² über 50 Jahre später feststellen, daß die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte sehr bestritten ist, "ihre Rechtsnatur ist so verschiedenartig, daß sich allgemeine Grundsätze schwer aufstellen lassen".

Es soll nicht der Versuch gemacht werden, den schon bestehenden zahlreichen Ansichten über dieses Problem eine weitere hinzuzufügen, sondern Gegenstand dieser Untersuchung soll die spezielle Frage der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte in dem besonderen Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Geschäftsführer sein. Ihre Beantwortung setzt allerdings eine Klärung der grundsätzlichen Fragen hinsichtlich der Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs der Gestaltungsrechte und ihrer Übertragbarkeit voraus.

Es besteht Veranlassung, die Frage der Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten gerade im Rahmen von Geschäftsbesorgungen zu untersuchen, da die Geschäftsbesorgungsverhältnisse in der modernen Industrie- und Erwerbsgesellschaft an Zahl und Bedeutung immer mehr zunehmen. Bei der Vielschichtigkeit der bestehenden Wirtschaftsstruktur ergibt sich in immer größerem Umfang die Notwendigkeit, Aufgaben und Geschäfte auf andere zu übertragen und von ihnen durchführen zu lassen, da der einzelne häufig nicht mehr in der Lage ist, alle Vorgänge des Geschäftslebens selbst vorzunehmen. Bei Ausführung der Geschäftsbesorgung, besonders

1 Festschrift für Richard Koch, S. 205 ff.

2 Enneccerus-Lehmann, § 83, 3, S. 332.

beim Abschluß von Rechtsgeschäften mit einem Dritten, kommen häufig Gestaltungsrechte zur Entstehung, und es stellt sich die Frage, wer Inhaber dieser Gestaltungsrechte wird und wer sie geltend machen kann.

§ 1 Geschäftsbesorgung

Gegenstand der Geschäftsbesorgung ist das Tätigsein für einen anderen in dessen Rechtskreis; ihr Zweck ist, die Interessen des Geschäftsherrn zu wahren.

Die Geschäftsbesorgung erscheint im Gesetz in verschiedenen Variationen: einmal als Gegenstand eines unentgeltlichen Vertrages, des Auftrags, §§ 662 ff BGB, dann als Gegenstand entgeltlicher Verträge, als Dienst- oder Werkvertrag des § 675 BGB und als handelsrechtlicher Kommissionsvertrag nach §§ 383 ff HGB, und schließlich als Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff BGB.

Der Begriff der Geschäftsbesorgung wird in der Literatur nicht einheitlich gebraucht. Während vor allem die ältere Lehre¹ den Begriff auf die Vornahme von Rechtsgeschäften und geschäftsähnlichen Handlungen beschränkte, faßt ein Teil der neueren Literatur² unter diesen Begriff jede beliebige Art fremdnütziger Tätigkeit zusammen. Die wohl h. M.³ unterscheidet nach entgeltlicher und unentgeltlicher Geschäftsbesorgung. Sie versteht unter Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 662, 677 BGB jede Tätigkeit im Interessenbereich eines anderen, gleich ob rechtlicher oder tatsächlicher Art, während sie unter Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB nur die Tätigkeit mit rechtsgeschäftlichem oder geschäftsähnlichem Inhalt versteht. Die h. M. dehnt also den Begriff der Geschäftsbesorgung auf Grund eines Auftrags weit aus, während sie ihm bei der entgeltlichen Tätigkeit einen sehr engen Inhalt gibt und ihn auf rechtsgeschäftliche Besorgungen beschränkt.

Diesem Streit über die Reichweite des Begriffs der Geschäftsbesorgung soll nicht weiter nachgegangen werden. Es genügt in diesem Zusammenhang festzustellen, daß die fremdnützige Tätigkeit rechtsgeschäftlichen und geschäftsähnlichen Inhalts unter den Begriff der Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 662 ff, 677 und 675 BGB fällt; insoweit stimmen alle An-

1 Oertmann, Vorbem. 2 a vor § 662; Bernau, JherJ 44, 233; Isay, aaO, S. 44.

2 Staudinger-Nipperdey, Rdziff. 1 vor § 662.

3 Enneccerus-Lehmann, § 160 I 3, S. 682; Esser, § 139, 1, S. 616; Larenz, SchR. II, § 52 I, S. 254.

sichten überein. Nur im Rahmen dieser Geschäftsbesorgungen kommen Gestaltungsrechte zur Entstehung.

In Durchführung der Geschäftsbesorgung kann der Geschäftsführer entweder im Namen seines Geschäftsherrn und kraft dessen Vollmacht oder im eigenen Namen handeln.

Diese erste Möglichkeit scheidet von vorneherein aus der Untersuchung aus; in diesem Verhältnis stellt sich die Frage nach der Übertragbarkeit der dem Geschäftsführer zustehenden Gestaltungsrechte auf den Vertretenen nicht, da etwaige Gestaltungsrechte aus dem Vertragsverhältnis mit dem Dritten gleich in der Person des vertretenen Geschäftsherrn als Vertragspartei entstehen bzw. entstanden sind (§ 164 BGB).

Etwas anderes ergibt sich, wenn der Beauftragte ein Geschäft zwar im Interesse und für Rechnung seines Geschäftsherrn, aber im eigenen Namen tätig (sogen. mittelbare Stellvertretung). Dann wird der Geschäftsführer selbst Vertragspartei. Der Auftraggeber tritt zu dem anderen Vertragspartner in keine rechtliche Beziehung.

Nur die Durchführung der Geschäftsbesorgung in dieser Form ist für die Arbeit von Bedeutung. Dabei stellt sich das Problem der Zuordnung und Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte. Nur in diesem Sinn ist der Begriff "Geschäftsbesorgung" im Titel der Arbeit gebraucht und so wird er im weiteren Verlauf der Arbeit verwendet.

Der sogenannten mittelbaren Stellvertretung kommt in der Praxis eine große Bedeutung zu. Im Wirtschaftsleben werden viele Geschäfte im eigenen Namen, aber im fremden Interesse und für fremde Rechnung abgeschlossen, und bei zunehmender Arbeitsteilung wird diese Art von Geschäftsbesorgung noch weiter an Bedeutung gewinnen.

Der Beauftragte, der im eigenen Namen handelt, erwirbt also alle Rechte aus dem Ausführungsgeschäft und ihn treffen alle Verpflichtungen¹. Er

1 h. M. Staudinger-Werner, Bem. IV 1 vor § 328; Staudinger-Coing, Rdziff. 63 c vor § 164.

Abweichend davon halten Ludewig, Ermächtigung, S. 4; Dölle, Festschrift, S. 268; Bettermann, JZ 51, 321, eine Verpflichtungsermächtigung für zulässig mit dem Ergebnis, daß die Verpflichtungen unmittelbar den Geschäftsherrn treffen.

wird Inhaber der Forderungen und Eigentümer der Sachen, die er im Auftrage seines Geschäftsherrn von dem Vertragspartner erwirbt, und es ist ein besonderer Übertragungsakt erforderlich, damit der Auftraggeber Inhaber dieser Rechte wird.

Auch für handelsrechtliche Kommissionsverträge gilt insoweit nichts anderes. Der Kommittent erwirbt aus dem Ausführungsgeschäft gegen den Dritten keine eigenen Rechte und Pflichten, da Vertragspartei des Dritten nur der Kommissionär ist. Wenn nach § 392 Abs. 2 HGB diese Forderungen im Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär und zu dessen Gläubigern schon vor der Abtretung als Forderungen des Kommittenten gelten, so wird dadurch das Rechtsverhältnis des Kommissionärs zu seinem Vertragspartner nicht berührt. Durch diese Vorschrift soll nur zum Schutze des Kommittenten verhindert werden, daß sich die Gläubiger des Kommissionärs aus der Forderung des Kommissionärs, die wirtschaftlich nicht zu seinem Vermögen gehört, zum Nachteil des Kommittenten Befriedigung verschaffen.

Der Geschäftsbesorger ist also Vertragspartei des Ausführungsgeschäftes, und damit entstehen auch die Gestaltungsrechte, die sich aus dem Vertragsverhältnis ergeben, in seiner Person.

Es stellt sich nun die Frage, ob der Geschäftsherr die Übertragung der Gestaltungsrechte auf sich verlangen kann. Er ist an ihrer Ausübung interessiert, da ihn die wirtschaftlichen Folgen des Vertrages treffen.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage könnte die Vorschrift des § 667 BGB sein; diese Vorschrift gilt sowohl für die entgeltliche wie die unentgeltliche Geschäftsbesorgung. Danach ist der Beauftragte verpflichtet, dem Auftraggeber alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Erlangt im Sinne dieser Vorschrift sind Sachen, Rechte und Ansprüche, die der Beauftragte infolge der Geschäftsführung vom Dritten tatsächlich empfangen hat¹. Wenn der Gesetzgeber in § 667 BGB die Formulierung "herausgeben" gebraucht hat, so besagt das nicht, daß darunter nur die körperliche Herausgabe von Sachen zu verste-

1 RGRK-Denecke, § 667 Anm. 3; Staudinger-Nipperdey, § 667, Rdziff. 5.

hen ist, vielmehr ist "herausgeben" in allgemeiner Form gebraucht; der Beauftragte hat auch die erlangten Rechte und Ansprüche abzutreten¹.

§ 667 BGB gibt dem Geschäftsherrn also einen obligatorischen Anspruch gegen seinen Geschäftsbesorger auf Übertragung des Eigentums an Sachen, die er im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages für ihn erworben hat, und auf Übertragung bzw. Abtretung der Forderungen, Rechte und Ansprüche, die ihm aus der Geschäftsbesorgung zustehen.

Der weiteren Untersuchung, ob und in welcher Form die Gestaltungsrechte der Vorschrift des § 667 BGB unterliegen, muß die Prüfung der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte vorausgehen. Dazu ist wiederum zunächst erforderlich, den Begriff des Gestaltungsrechts zu umgrenzen und festzustellen, welche Rechtserscheinungen unter diesen Begriff fallen.

¹ Planck-Lobe, § 667 Anm. 2 b; Staudinger-Nipperdey, § 667 Rdziff. 18; Erman-Hauß, § 667 Bem. 2; Palandt-Gramm § 667 Anm. 3 b; Esser, Lehrb., § 141, 2, S. 623; Enneccerus-Lehmann, § 161 III, S. 686.

§ 2 Die Gestaltungsrechte

Das BGB kennt den Begriff "Gestaltungsrecht" nicht. Das Gesetz kennt nur einzelne Erscheinungen, die zu dieser Kategorie von Rechten gehören. Der Begriff "Gestaltungsrecht" ist zunächst von Seckel¹ geprägt worden und ist heute in der Literatur und Rechtsprechung allgemein gebräuchlich. Vereinzelt wird noch der Begriff des "Kannrechts" gebraucht², der auf den von Zitelmann³ geschaffenen Begriff der "Rechte des rechtlichen Könnens" zurückgeht.

1. Charakter der Gestaltungsrechte

Über den Charakter der Gestaltungsrechte und ihre Eingruppierung in das System des Privatrechts bestand in der Literatur lange Zeit Streit.

Kipp⁴ und Kohler⁵ sahen in den Gestaltungsrechten bloße Befugnisse, Kress⁶ bezeichnete die Gestaltungsrechte als nicht fertige Rechtserscheinungen, als "subjektive Rechte unterentwickelter Art", und Thon⁷ und Sohm⁸ sahen die Gestaltungsrechte bzw. die Rechtserscheinungen, die Seckel unter diesem Begriff zusammenfaßte, nicht als Vermögensrechte im Sinne des BGB, sondern nur als Rechte im weiteren Sinne des Wortes an.

Diese Ansichten sind überholt; nach heute übereinstimmender Ansicht gehören die Gestaltungsrechte als dritte Gruppe neben den Herrschafts- oder Beherrschungsrechten und Ansprüchen zu den subjektiven Rechten⁹.

1 Festschrift, aaO, S. 210.

2 Lehmann, Lehrb., § 12 I 1 b, Oertmann, Vorbem. D vor § 194.

3 IPR II, S. 32, 42 f.

4 Windscheid-Kipp, § 37.

5 Lehrb., S. 151.

6 Lehrb., S. 16.

7 aaO., S. 338.

8 aaO., S. 85

9 Enneccerus-Nipperdey, § 72 I 2, S. 431; Lehmann, Lehrb., § 10 III, S. 81; Esser, Grundbegriffe, S. 150; Fikentscher, Lehrb., § 7, 2, S. 24; Crome, Lehrb., I, S. 177; Staudinger-Coing, § 194 Rdziff. 11; Oertmann, Vorbem. D 1 vor § 194; Walsmann, aaO, S. 104; Seckel, aaO., S. 210; Zitelmann IPR I S. 140; v. Thur, Lehrb. I, S. 159 ff; Dölle, Jur. Entdeckungen, aaO., S. 11; Diss. Quecke, S. 19; Diss. Fischer, S. 9; Diss. Löwenthal, S. 5; Diss. Tils, S. 1; Diss. Schlochoff, S. 2.

Wenn auch über die Zugehörigkeit der Gestaltungsrechte zu den subjektiven Rechten Einigkeit besteht, so bestehen in der Literatur über die Begriffsbestimmung des Gestaltungsrechts verschiedene Auffassungen. Seckel¹ definierte das Gestaltungsrecht als "das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft".

Nach Zitelmann² gibt das Gestaltungsrecht einer Person "die besondere Möglichkeit, durch eine Willenserklärung eine Rechtswirkung, an der sie, sei es für sich, sei es für einen anderen, ein Interesse hat, herbeizuführen oder eine ihr unvorteilhafte Rechtswirkung zu verhindern".

Auf diese Definition, die sich ihrem Inhalt nach in den wesentlichen Punkten decken, wird in der neueren Literatur immer wieder zurückgegriffen; teilweise wird versucht, den Begriff des Gestaltungsrechts nach der einen oder anderen Seite hin zu erweitern oder einzuengen.

Nipperdey³ sieht in den Gestaltungsrechten eine "Rechtsmacht, vermöge deren eine Rechtsänderung, d. h. die Entstehung, Veränderung oder Aufhebung subjektiver Rechte entweder vom Berechtigten bewirkt werden kann, oder zu seinen Gunsten auch ohne seinen Willen eintritt, jedenfalls ohne Mitwirkung eines anderen". Diese Begriffsbestimmung ist zu weit gefaßt. Rechte, die ohne Zutun des Berechtigten verwirklicht werden, z. B. das Recht des Finders aus § 973 BGB, das Recht des Testamentserben auf die Erbschaft, gehören nicht zu den Gestaltungsrechten, da sie keine "Rechtsmacht" des Berechtigten enthalten. Dölle⁴ bezeichnet diese Rechtsercheinungen zutreffend als "Warterrechte", da sie nichts weiter sind als die Vorform der künftigen Vollrechte⁵.

Schlochoff⁶ will den Begriff des Gestaltungsrechts einengen und nur solche Rechte als Gestaltungsrechte bezeichnen, die einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zulassen. Diese Begriffsbestimmung erscheint zu eng, da auch solche Rechte Gestaltungsrechte sind, deren Wirkung auf die

1 aaO., S. 210.

2 Internationales Privatrecht II, S. 42 f.

3 Enneccerus-Nipperdey, § 73 I 3, S. 441.

4 Jur. Entdeckungen, aaO., S. 11.

5 ebenso Oertmann, Vorbem. D 3 vor § 194.

6 Diss., S. 6.

eigene Rechtssphäre des Berechtigten beschränkt ist, z.B. das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten.

In den wesentlichen Punkten stimmen die verschiedenen Ansichten überein: Die Gestaltungsrechte sind subjektive Rechte. Sie geben dem Berechtigten die besondere Macht, durch einseitige Erklärung auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken, ein eigenes oder fremdes konkretes Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder aufzuheben¹.

Aus dieser Definition ergibt sich, daß die Gestaltungsrechte nicht allein durch ihr Bestehen eine Rechtsänderung bewirken. Der Berechtigte muß von der ihm eingeräumten Rechtsmacht Gebrauch machen und die Gestaltungsrechte ausüben, um die Rechtsänderung herbeizuführen². Die Ausübung erfolgt durch einseitige Willenserklärung (z. B. Erklärung der Anfechtung, des Rücktritts oder der Kündigung) oder durch eine (vom Willen getragene) Handlung (z. B. Aneignung durch Inbesitznahme durch den Aneignungsberechtigten). Mit der Ausübung tritt die Rechtsänderung unmittelbar³ und unabhängig davon ein, ob dadurch in die Rechtssphäre eines anderen eingegriffen wird und ob dieser damit einverstanden ist oder nicht⁴. Gleichzeitig haben die Gestaltungsrechte damit ihre Zweckbestimmung erfüllt und erlöschen⁵. Diese Feststellung ist vor allem für die weitere Untersuchung ihrer Übertragbarkeit wesentlich.

Die notwendige Konsequenz aus dieser unmittelbaren Wirkung der Ausübungserklärung ist, daß der Gestaltungsberechtigte an die einmal wirk-

1 Staudinger-Going, Rdziff. 11 vor § 194; Lehmann, Lehrb., § 12 I b, S. 78; Fikentscher, Lehrb., § 5 II 6, S. 19 u. § 7, 2, S. 24; Larenz, AT § 19 I 7, S. 233; Lange, Lehrb., § 12 III 1, S. 88; Seckel, aaO., S. 236; Seydel, aaO., S. 20.

2 Vgl. §§ 143, 349 BGB.

3 Palandt-Danckelmann, vor § 104 Anm. 3 d; Fikentscher, Lehrb., § 5 II 6, S. 19; Lange, Lehrb., § 12 III 3, S. 89; Boetticher, Festschrift, S. 49.

4 Larenz, AT § 18 II c, S. 220.

Auch das Widerspruchsrecht des Mieters gegen die Kündigung nach § 556 a BGB hebt die Wirkung der Kündigung - Beendigung des Mietverhältnisses - nicht auf, es hat nur einen Suspensiveffekt.

5 Seckel, aaO., S. 229; Larenz, AT § 18 I, S. 214.

sam abgegebene Erklärung gebunden ist. Er kann sie weder zurücknehmen noch ändern¹. Boetticher² bezeichnet die Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung als den Preis, den der Gestaltungsberechtigte dafür zahlen muß, daß das Gesetz ihm die einseitige Veränderung der Rechtslage ermöglicht hat.

Einige Gestaltungsrechte können nicht durch einseitige Erklärung allein ausgeübt werden, zu ihrer Wirksamkeit ist ein Staatsakt erforderlich. Dieses Erfordernis ändert aber nichts an dem Charakter des Gestaltungsrechts als Privatrecht³. Nach Seckel⁴ kommt dem Urteil nur Tatbestandsergänzung zu, während Rosenberg⁵ dem Urteil Gestaltungswirkung zuerkennt, da es die neue Rechtslage herbeiführe und so das materielle Recht auf Rechtsänderung verwirkliche. Der Gesetzgeber hat die Gestaltung aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen in solchen Fällen formalisiert, in denen jeder Schwebezustand und jede Rechtsunsicherheit, die bei Ausübung des Gestaltungsrechts durch einfache Willenserklärung eintreten kann, aus rechts- und sozialpolitischen Gründen unerwünscht ist und deshalb vermieden werden muß⁶.

Die Rechtsgestaltung, die durch die Ausübung des Gestaltungsrechts herbeigeführt wird, kann einen sehr verschiedenen Umfang haben. In einigen Fällen wird durch die Ausübung nur ein einzelnes Recht begründet, geändert oder aufgehoben (z. B. durch die Aneignung), bei anderen Gestaltungsrechten umfaßt die Änderung eine Mehrheit von Rechten (z. B. die Anfechtung hebt das ganze Vertragsverhältnis auf).

Weiterhin ist noch festzustellen, daß die Gestaltungsrechte nicht der Verjährung unterliegen⁷, ihre Ausübung ist aber in einigen Fällen an Aus-

1 Anders nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung im Arbeitsrecht, wonach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses widerrufen werden kann.

2 Festschrift, S. 71, u. Gestaltungsrecht und Unterwerfung, S. 6.

3 h. M. Enneccerus-Nipperdey, § 73 I 3, S. 441; Larenz, AT § 19 I 7, S. 234; Nickisch, ZPR § 40 I 2; Boetticher, Festschrift, S. 42 f; Hirsch, aaO., S. 138; Bettermann, NJW 49, 270; Balog, Grünhut, Bd. 34, 125; Diss. Fischer, S. 17; Diss. Quecke, S. 20 ff; Diss. Schlochoff, S. 23.

4 aaO., S. 239.

5 Lehrb., § 87 II 3, S. 396.

6 Vgl. z. B. Anfechtung der Ehe oder der Ehelichkeit eines Kindes, Wohnungskündigung nach MSchG; Motive I, S. 220 ff; Larenz, AT § 19 I 7, S. 234.

7 Nach § 194 BGB unterliegen nur Ansprüche der Verjährung, vgl. Motive I, S. 221.

schlußfristen gebunden¹, nach Ablauf der Frist erlischt das Gestaltungsrecht, es entsteht nicht nur ein die Ausübung hemmendes Gegenrecht². Die Gestaltungsrechte können außerdem durch Verwirkung³ oder einseitigen Verzicht des Berechtigten untergehen⁴.

2. Abgrenzung und Einteilung der Gestaltungsrechte

Welche Rechtserscheinungen zu den Gestaltungsrechten gehören, ist in der Literatur streitig.

Einigkeit besteht im wesentlichen bei der Abgrenzung der Gestaltungsrechte von bloßen Befugnissen, die jeder geschäftsfähigen Person in gleicher Weise zustehen. Diese Abgrenzung ergibt sich schon aus dem Charakter der Gestaltungsrechte als subjektive Rechte. Wo die allgemeinen Merkmale des subjektiven Rechts fehlen, wo dem einzelnen keine konkrete nur ihm zustehende Macht zukommt, liegt kein Gestaltungsrecht vor⁵. Die bloßen Befugnisse, wie z. B. die Fähigkeit, Offerten abzugeben, Verträge abzuschließen oder ein Testament zu errichten, gewähren keine konkrete Rechtsmacht, die von der Rechtsordnung nur einem bestimmten Subjekt verliehen ist, sie setzen nicht mehr voraus, als die allgemeine Fähigkeit zu rechtllichem Handeln.

Nach h. M. gehören zu den Gestaltungsrechten u. a.: Rücktrittsrechte, Wahlrecht bei Wahlschuld, Aneignungsrechte⁶, Vor- und Widerkaufs-

1 Vgl. z. B. §§ 121, 124 BGB (Ausschlußfrist bei der Anfechtung); § 355 BGB (beim Rücktritt); § 510 BGB (beim Vorkaufsrecht).

2 Enneccerus-Nipperdey, § 230 III 1, S. 1401; Staudinger-Coing, Rdziff. 3 vor § 194; Erman-Hefermehl, § 194 Bem. 9; RGRK-Johannsen, Anm. 5 vor § 186; Oertmann, Vorbem. D 6 vor § 194; RGZ 48, 163 ff; 128, 47; Esser, Lehrb., § 107, 2, S. 494.

3 RGZ 88, 143; 91, 108; 107, 108.

4 Oertmann, Vorbem. D 5 vor § 194; Walsmann, aaO., S. 198, 237 ff; aa. Seckel, aaO., S. 230.

5 Seckel, aaO., S. 211; Zitelmann, IPR II, S. 43; Walsmann, aaO., S. 48; v. Tuhr, Lehrb. I, S. 161; Diss. Schlochoff, S. 3.

6 Jagd-, Fischerei- und Bergrecht; das Aneignungsrecht der §§ 958 ff BGB ist kein Gestaltungsrecht, da die Aneignung herrenloser Sachen jedermann gestattet ist, Oertmann, Vorbem. D 2 vor § 194; v. Tuhr, Lehrb. I, S. 172; Wolff-Raiser, § 79 II 2; Zitelmann, IPR II, S. 48; Walsmann, aaO., S. 112; vgl. auch Larenz, AT § 19 I 8, S. 234.

rechte¹, Anfechtungsrechte² (§§ 119, 120, 123 BGB), Kündigungsrechte³, Widerrufsrechte, Bestimmungsrechte nach §§ 316 ff BGB. Diese Aufzählung ist nicht abschließend; es gibt darüber hinaus noch weitere Gestaltungsrechte, hingewiesen sei nur auf die Gestaltungsrechte des Familien- und Erbrechts⁴. Außerdem können auch vertraglich noch andere als die im Gesetz vorgesehenen Gestaltungsrechte begründet werden, z. B. Kündigung bei der Verwahrung, Vorpacht- und Vormietrecht, Vortauschrecht⁵.

Die Zugehörigkeit des Wandlungs- und Minderungsrechts nach §§ 459 ff BGB zu den Gestaltungsrechten ist in der Literatur sehr umstritten.⁶

Die verschiedenen Auffassungen über den Charakter von Wandlung und Minderung als Gestaltungsrechte oder Ansprüche haben zum Teil ihren Grund in den unterschiedlichen Ansichten über die Durchsetzung dieser Rechte.

Nach der Vertragstheorie⁷, die sich auf den Wortlaut des § 465 BGB stützt, sind Wandlung und Minderung nicht als Gestaltungsrechte anzu-

1 Die Zugehörigkeit dieser Rechte zu den Gestaltungsrechten war in der Literatur streitig; die heute h. M. zählt sie mit Recht dazu, Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2; Oertmann, § 399 Bem. 1 g; § 497 Bem. 4; RGRK-Löscher, § 413 Anm. 7; Enneccerus-Lehmann, § 83, 3, S. 332; Larenz, SchR II, § 40 II, S. 103.

2 Die Anfechtungsrechte nach §§ 29 ff KO und § 3 AnfG sind nach heute h. M. keine Gestaltungsrechte, sondern Ansprüche gegen den Anfechtungsgegner auf Beseitigung der benachteiligenden Vermögensverfügung. Soergel-Siebert-Augustin, § 194 Anm. 18; Staudinger-Coing, § 194 Rdziff. 11 mwH.

3 Die Kündigung nach § 556 a BGB (vgl. oben S. 9 Fußn. 1) ist ein Gestaltungsrecht, nur hat ihre Ausübung keine ex-nunc-Wirkung.

4 Diese Gestaltungsrechte scheiden von vornherein aus der Untersuchung aus, da sie im Rahmen von Geschäftsbesorgungen nicht vorkommen. Außerdem sind sie im Gegensatz zu den hier aufgezählten Gestaltungsrechten - worauf im Verlauf der Arbeit noch einzugehen sein wird - meist höchstpersönlicher Natur, d. h. sie stehen einer bestimmten Rechtspersönlichkeit zu und sind an sie gebunden.

5 Seckel, aaO., S. 219; RGRK-Kühn, § 504 Anm. 1; Larenz, AT § 19 I 7, S. 233.

6 Vgl. Erman-Weitnauer v. § 459 Bem. IV 2 a und Esser, Lehrb., § 106, S. 493 f.

7 Oertmann, § 462 Anm. 1; § 465 Anm. 1 d; Boetticher, Wandlung als Gestaltungsakt, S. 5 ff; Blomeyer, AcP 151, S. 97 ff; Larenz, SchR II, § 37 II a, S. 46 und NJW 51, S. 497.

sehen¹, da danach der Käufer gegen den Verkäufer nur einen Anspruch auf vertragsmäßige Einwilligung in die von ihm gewählte Wandlung oder Minderung hat².

Bei der Herstellungstheorie³, die dem Käufer unmittelbar das Recht auf Rückgängigmachung des Kaufs bzw. Preisherabsetzung einräumt, liegt es nahe, Wandlung und Minderung als Gestaltungsrechte anzusehen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß auch nach der Herstellungstheorie die Einverständniserklärung des Verkäufers konstitutive Bedeutung hat. Zwar ist die Einwilligung des Verkäufers nicht zur Wirksamkeit der Wandlung erforderlich, aber die Erklärung der Wandlung durch den Käufer hebt allein den Kaufvertrag noch nicht auf und führt noch keine endgültige Rechtsänderung herbei. Solange der Verkäufer seine Einwilligung noch nicht gegeben hat, hat der Käufer noch das jus variandi. Der Käufer kann, nachdem er die Wandlung erklärt hat, seine Ansicht noch ändern und anstelle der Wandlung Minderung verlangen und umgekehrt. Bis zur Einverständniserklärung des Verkäufers oder dessen rechtskräftiger Verurteilung ist der Käufer an die Erklärung der Wandlung oder Minderung nicht gebunden⁴. Erst mit der Erklärung des Einverständnisses tritt die Rechtsänderung endgültig in der einen oder anderen Form ein. Aus diesem Grunde spricht ein Teil der Vertreter der Herstellungstheorie der Wandlung

1 Diss. Schlohoff, S. 14; aA. Walsmann, aaO., S. 242, nach seiner Ansicht bedarf die Wandlung zu ihrer Ausübung der Zustimmung des Verkäufers, die sich formal mit der Wandlungserklärung des Käufers zu einem Vertrag vereinigen muß.

2 Auch die Vertreter der sog. modifizierten Vertragstheorie - der Vollzug der Wandlung erfolgt entweder durch Einverständniserklärung des Verkäufers oder durch rechtsgestaltendes Urteil auf die Leistungsklage des Käufers hin - lehnen den Gestaltungscharakter von Wandlung und Minderung ab. Larenz, SchR II, § 37 II a, S. 46; Boetticher, Wandlung als Gestaltungsakt, S. 5 ff u. Gestaltungsrecht und Unterwerfung, S. 3 ff; Fikentscher, Lehrb., S. 360.

3 Enneccerus-Lehmann, § 110 I 2, S. 443; Esser, Lehrb., § 106, 3, S. 494; Heck, Lehrb., S. 272; Siber, Lehrb., S. 241; RGRK-Kuhn, § 465; Staudinger-Ostler, § 462 Rdziff. 13; Blomeyer, AcP 151, 97 ff; Erman JZ 60, S. 43 ff. Das RG (E 94, 331; 101, 71) nahm eine vermittelnde Stellung ein, die aber auf eine Anerkennung der Herstellungstheorie hinausläuft, ebenso der BGH (E 29, 148, 155).

4 BGH WPM 65, S. 273; RG JW 1905, S. 492; Staudinger-Ostler, § 462 Rdziff. 13; Palandt-Gramm, § 465 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, § 110 I 2, S. 444; Erman-Weitnauer v. § 459 Bem. IV 5.

und Minderung Gestaltungswirkung ab¹. Das Gesetz habe die Rechte des Käufers auf Wandlung und Minderung nicht als Gestaltungsrechte, sondern als Ansprüche auf die Gewährleistungsfolgen ausgestaltet, um die im Interesse des Verkäufers und zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten erforderliche zeitliche Begrenzung der Gewährleistungsrechte nicht als Ausschußfrist, sondern als Verjährung gestalten zu können².

Dagegen betont ein anderer Teil ihrer Vertreter den Gestaltungscharakter der Wandlung³. Der Käufer könne nach der Wandlungserklärung unmittelbar Zahlungsklage erheben und die Durchführung der Wandlung sei nicht von einem gesonderten Richterspruch abhängig⁴.

Diese Argumentation vermag die Bedenken, die auch nach der Herstellungstheorie gegen die Zugehörigkeit von Wandlung und Minderung zu den Gestaltungsrechten bestehen, nicht endgültig auszuräumen. Der Käufer kann zwar unmittelbar auf Rückzahlung des Kaufpreises klagen, aber dadurch tritt noch keine Rechtsänderung ein. Auch nach Klageerhebung kann der Käufer noch anstelle der Wandlung Minderung verlangen und umgekehrt. Weiterhin kann er die Klage unter den Voraussetzungen des § 271 ZPO zurücknehmen, der Kaufvertrag besteht dann fort. Es ist aber zu berücksichtigen, daß die Wandlung nach ihrem Zweck dem Rücktritt gleichsteht, auf dessen Regelung auch in § 467 BGB verwiesen wird⁵.

Es ist hier nicht der Platz, diese Frage im einzelnen zu erörtern und abschließend zu entscheiden. Wie sich im weiteren Verlauf der Untersuchung zeigen wird, stellt sich bei der Wandlung und Minderung das Problem ih-

1 Staudinger-Ostlör, § 462 Rdziff. 5; Soergel-Siebert-Ballerstedt, § 462 Anm. 1; Staudinger-Coing, § 194 Rdziff. 11; Palandt-Gramm, § 462 Anm. 3; Erman-Weitnauer v. § 459 Bem. IV 2 a; Lange, Lehrb., § 12 III 1, S. 88.

2 Soergel-Siebert-Ballerstedt, aaO.; Erman-Weitnauer, aaO.

3 Esser, Lehrb., § 22, 7, S. 71; § 106, 3, S. 494, § 107, 2, S. 499; Raape, Festschrift, S. 167; Henle, Lehrb., S. 613; Walsmann, aaO., S. 242; nicht eindeutig Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 73 I 2, S. 442 Fußn. 12.

4 Esser, Lehrb., § 106, 3, S. 494.

5 Die Vorschrift über die Ausübung des Rücktritts, § 349 BGB, ist allerdings von der Verweisung ausgenommen.

rer Übertragung im Rahmen von Geschäftsbesorgungen in gleicher Weise wie bei der Anfechtung, dem Rücktritt und der Kündigung. Aus diesem Grunde sollen die Gewährleistungsrechte in Anlehnung an Esser¹ als Gestaltungsrechte angesehen und mitbehandelt werden.

Auch die Zugehörigkeit der bürgerlich-rechtlichen Einreden zu den Gestaltungsrechten ist in der Literatur streitig.

Die h. M. definiert die Einrede als das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern². Sie ist ein Gegenrecht, das das Recht, gegen das es sich richtet, nicht aufhebt, sondern es durch Gegenwirkung hemmt; fällt die Einrede weg, kann der Anspruch geltend gemacht werden.³ Die Einrede wirkt nicht allein durch ihr Bestehen auf den Anspruch ein, sondern es ist erforderlich, daß sie gegen den Anspruch geltend gemacht wird⁴. Daraus leitet ein Teil der Literatur den Charakter der Einrede als Gestaltungsrecht her⁵.

Dabei wird aber übersehen, daß die Geltendmachung der Einrede keine endgültige Rechtsänderung herbeiführt und den Einreden damit ein wesentliches Merkmal der Gestaltungsrechte fehlt⁶. Die Einrede bewirkt nicht, daß der Anspruch, dessen Geltendmachung widersprochen wird, endgültig beseitigt wird, sondern bei erneuter Geltendmachung des Anspruchs muß die Einrede von neuem erhoben werden, um seine Durchsetzung zu hemmen⁷ ..

1 Lehrb., § 22, 7, S. 71.

2 Enneccerus-Nipperdey, § 26 I, S. 1382; Lehmann, Lehrb., § 14 II, S. 102; Oertmann, Vorbem. D 2 d vor § 194; Planck-Flad, Vorbem. 6 vor § 194; Crome, Lehrb., S. 182; zur Rechtsnatur der Einreden vgl. im einzelnen: Jahr in JuS 1964, S. 125 ff; Larenz, AT § 20 II, S. 257.

3 v. Tuhr, Lehrb., I, S. 291 ff; Dölle, Festvortrag, aaO., S. 12.

4 h. M. BGH 1, 229 (239); Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 226 III; Blomeyer, Lehrb., § 59 I 3 a; Larenz, AT § 20 II, S. 259.

5 Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 73 I 3, S. 442 Fußn. 15; Crome, Lehrb., S. 177 ff; Boetticher, Festschrift, S. 50; Jahr in JuS 1964, S. 293 f; Walsmann, aaO., S. 115.

6 siehe oben S. 9 f; ähnlich Larenz, AT § 20 II, S. 259 f.

7 Dölle, Festvortrag, aaO., S. 12; Oertmann, Vorbem. B 2 b vor § 194; Planck-Flad, Vorbem. 6 vor § 194; Seckel, aaO., S. 216; Diss. Schlochoff, S. 7.

Von einem Teil der Literatur werden weiterhin noch Einwilligung, Genehmigung und Ermächtigung¹, Vertretungs- und Verwaltungsrechte² und Anwartschaftsrechte³ zu den Gestaltungsrechten gezählt. Diesen Rechtserrscheinungen fehlt aber teils schon der Charakter als selbständige Rechte⁴, im übrigen gewähren sie ihrem Inhaber nicht die besondere Rechtsmacht zur Änderung bestehender Rechtsverhältnisse⁵.

Dieser kurze Hinweis mag in diesem Zusammenhang genügen, da diesen Rechtserrscheinungen im Rahmen von Geschäftsbesorgungen keine Bedeutung zukommt.

Die Gestaltungsrechte unterscheiden sich in ihrer Ausgestaltung und Wirkung erheblich voneinander. Einzelne Gestaltungsrechte haben aber bestimmte Grundzüge mit anderen gemeinsam; daher ist verschiedentlich versucht worden - zur besseren Übersicht und um nicht jedes Gestaltungsrecht neu untersuchen zu müssen -, die einzelnen Gestaltungsrechte nach ihren Besonderheiten in Gruppen zusammenzufassen⁶.

Eine Unterscheidung und Einteilung der einzelnen Gestaltungsrechte nach ihrem Abhängigkeitsgrad von anderen Rechtspositionen des Gestaltungsberechtigten dürfte dem Erfordernis einer gemeinsamen rechtlichen Be-

1 Zitelmann, IPR II, S. 44; v. Tuhr, Lehrb., I, S. 163, 167; Oertmann, Vorbem. D 2 a vor § 194.

2 Vertretungsrecht: v. Tuhr, Lehrb. I S. 167.
Verwaltungsrecht: Walsmann, aaO., S. 108.
zweifeln: Oertmann, Vorbem. 3 b vor § 194.

3 Enneccerus-Nipperdey, § 73 I 3, S. 442; Zitelmann, IPR II, S. 52.

4 Einwilligung, Genehmigung und Ermächtigung: Diss. Schlochoff, S. 10 ff.

5 Vertretungs- und Verwaltungsrechte: Seckel, aaO., S. 216; Boetticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung, S. 11 ff; Diss. Schlochoff, S. 13; Anwartschaftsrechte: Dölle, Jur. Entdeckungen, Festvortrag, S. 11; vgl. Larenz, AT § 19 I 9, S. 235 ff.

6 v. Tuhr (Lehrb. I, S. 162) und Schlochoff (Diss., S. 18) teilen die Gestaltungsrechte nach Begründungs-, Aufhebungs- und Änderungsrechten ein; ähnlich Larenz, AT, § 19 I 7, S. 233.
Seckel (aaO., S. 213 ff) nimmt die Gruppierung vor nach der Wirkung des ausgeübten Gestaltungsrechts auf die betroffene Rechtssphäre und unterteilt nach vorteilhaften, nachteiligen und neutralen Eingriffsrechten.
Oertmann (Vorbem. D 2 vor § 194) trennt in Rechte zur Gestaltung eigener und solche zur Gestaltung fremder Rechtsverhältnisse. Diese Einteilungsschemen sind in ihrer Systematik nicht zu beanstanden, sie sind aber für eine gemeinsame rechtliche Beurteilung der einzelnen Gruppen wenig geeignet.

urteilung - besonders hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit - am ehesten genügen. Die Gruppierung nach selbständigen und unselbständigen Gestaltungsrechten geht nicht von der äußeren Wirkung aus, die die Ausübung der einzelnen Gestaltungsrechte erzielt, sondern vom Gestaltungsrecht selbst, von seinem Bestand und seiner Stellung im Rechtssystem.

Die selbständigen Gestaltungsrechte stehen in keiner Beziehung zu anderen Rechten, und es besteht keine Verbindung zu der sonstigen Rechtsstellung des Gestaltungsberechtigten. Selbständige Gestaltungsrechte sind z.B. Vor- und Wiederkaufsrecht, Aneignungsrechte.

Die unselbständigen Gestaltungsrechte sind mit anderen Rechten und Pflichten des Berechtigten verbunden¹. Diese Verbindung kann mehr oder weniger eng sein; das Gestaltungsrecht kann Zubehör oder Bestandteil eines anderen Rechts oder eines anderen Rechtsverhältnisses sein². Danach unterscheiden sich die unselbständigen Gestaltungsrechte in sog. Anhangsrechte und unselbständige Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne; Unterscheidungskriterien sind der Grad ihrer Abhängigkeit vom Hauptrecht und ihr Bezugsobjekt.

Anhangsrechte sind z.B. das Wahlrecht bei der Wahlschuld, die Ersetzungsbefugnis. Sie sind Anhängsel eines einzelnen Rechts. Sie modifizieren dessen Inhalt und sind deshalb mit dem Hauptrecht untrennbar verbunden³. Larenz⁴ bezeichnet diese Gruppe von Gestaltungsrechten als "unselbständige Hilfsrechte", die nur zur Ausübung und Durchsetzung eines Hauptrechts dienen, ohne ihnen aber den Charakter vollkommener Rechte abzusprechen.

Die unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne sind dagegen auf ein ganzes Rechtsverhältnis bezogen. Sie sind an eine bestimmte Aktiv- oder Passivstellung in dem betreffenden Rechtsverhältnis gebunden, was für die Frage ihrer Übertragbarkeit bedeutsam ist. Zu dieser Gruppe

1 Fikentscher, Lehrb., § 103 I 6 b, S. 561; Diss. Schlochoff, S. 18.

2 Seckel, aaO., S. 217; aA. Diss. Schlochoff, S. 10.

3 Enneccerus-Lehmann, § 83, 3, S. 332; Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2.

4 Larenz, SchR I, § 30 VI, S. 359.

gehören Anfechtung, Rücktritt, Kündigung¹ und auch das Wandlungs- und Minderungsrecht nach §§ 459 ff BGB. Diese Gestaltungsrechte sind vom Schicksal der einzelnen Rechte und Verpflichtungen aus dem Rechtsverhältnis weitgehend unabhängig². Ihre Ausübung beeinflußt das ganze Rechtsverhältnis und verändert die Rechtsstellung des Gestaltungsberechtigten und der anderen daran Beteiligten. Die Kündigung beendet ein Dauer-schuldverhältnis für die Zukunft, durch den Rücktritt wird ein bestehendes Schuldverhältnis aufgehoben oder in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, und die Anfechtung beseitigt die Rechtsfolgen einer Willenserklärung mit rückwirkender Kraft.

¹ Oertmann (§ 399 Bem. 1 g) und Staudinger-Werner (§ 413 Bem. II 2) zählen die Kündigung zu den Anhangsrechten. Sie verstehen darunter die Fälligkeitsskündigung. Das Kündigungsrecht zur Herbeiführung der Fälligkeit einer Forderung ist Anhangsrecht. Das Vertragskündigungsrecht zählt dagegen unstreitig zu den unselbständigen Gestaltungsrechten im eigentlichen Sinne (RGRK-Löcher, § 413 Anm. 17; Palandt-Danckelmann, § 413 Anm. 1 c; Enneccerus-Lehmann, § 83, 3, S. 332; Larenz, AT § 19 I 7, S. 233 f und SchR I, § 30 VI, S. 360).

² Enneccerus-Lehmann, § 83, 3, S. 332; Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2.

§ 3 Die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte

Ausgangspunkt für die Untersuchung der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte ist die Vorschrift des § 413 BGB, wonach die §§ 398 ff BGB über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung finden, soweit nicht das Gesetz etwas anderes vorschreibt.

Bei Schaffung dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte regeln wollen, wie sich aus den Materialien zu § 413 BGB¹ ergibt, in denen nur die Urheberrechte beispielhaft aufgezählt sind. Es ist anzunehmen, daß dem Gesetzgeber die Kategorie der Gestaltungsrechte nicht geläufig war, da sie vom Schrifttum noch nicht herausgearbeitet war². Aus der weiten Fassung des § 413 BGB läßt sich aber entnehmen, daß der Gesetzgeber diese Vorschrift als Generalklausel eingefügt hat, um eine Lücke im System des Gesetzes zu verhüten und eine weitgehende Abtretbarkeit aller Rechte - dazu gehören dann auch die zahlreichen Rechtsserscheinungen, die unter dem Begriff Gestaltungsrechte zusammengefaßt werden - zu erreichen. Danach fallen dann auch die Gestaltungsrechte unter § 413 BGB und sind grundsätzlich übertragbar, soweit sich nicht aus der Eigenart des einzelnen Rechts, besonders aus der Unselbständigkeit, etwas anderes ergibt³.

1 Motive II, S. 141; Protokolle I, S. 404.

2 Diss. Tils, S. 11; Diss. Fischer, S. 22; Diss. Kühne, S. 25, vermutet, daß die Verfasser des BGB noch von dem Anspruchsbegriff Windscheids (Windscheid-Kipp, § 43) "Richtung eines Rechts auf die Unterwerfung eines fremden Willens" ausgingen, der alle Arten von Rechten umfaßte.

3 Erman-Westermann, § 413 Bem. 1; Oertmann, § 413 Bem 1; Warneyer, § 413; Seckel, aaO., S. 220; Kress, Lehrb., S. 534.

Werner (Staudinger, § 413 Bem. II 2) erblickt sogar die Hauptbedeutung des § 413 in der Anwendung auf die Gestaltungsrechte, da die Vorschrift der §§ 398 ff BGB auf Ansprüche nicht schuldrechtlichen Ursprungs schon aus allgemeinen Gründen anzuwenden seien, und für die meisten anderen Rechte die Frage der Übertragbarkeit ausdrücklich geregelt sei (ebenso Tils, Diss. S. 11; aA. Planck-Siber, § 413 Bem. 1c).

Dagegen lehnt ein Teil der Literatur¹ die Anwendung des § 413 BGB auf die Gestaltungsrechte ab mit der Begründung, sie seien ihrer Rechtsnatur nach zu verschiedenartig, um ihre grundsätzliche Übertragbarkeit aus § 413 BGB herleiten zu können, und bejaht nur die Abtretbarkeit einzelner Gestaltungsrechte².

Der Streit über diese Frage hat keine praktische Bedeutung, das Problem wird jeweils nur aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, und beide Auffassungen kommen zu dem gleichen Ergebnis, nur aus entgegengesetzten Richtungen: Die eine Ansicht lehnt es ab, die Gestaltungsrechte der Vorschrift des § 413 BGB zu unterwerfen und läßt nur die Übertragbarkeit einzelner Gestaltungsrechte zu, während die wohl richtige Ansicht, von der Vorschrift des § 413 BGB ausgehend, die Übertragbarkeit grundsätzlich bejaht und davon nachfolgend weitgehende Ausnahmen hinsichtlich bestimmter Gestaltungsrechte macht. Im entscheidenden Punkt, welche Gestaltungsrechte, bzw. welche Gruppen von Gestaltungsrechten, übertragbar sind und welche nicht, grenzen die Vertreter beider Ansichten nach im wesentlichen gleichen Gesichtspunkten ab: entscheidend ist die Art und der Umfang der Selbständigkeit der einzelnen Gestaltungsrechte.

1. Übertragbarkeit der selbständigen Gestaltungsrechte

Die selbständigen Gestaltungsrechte sind nach allgemeiner Ansicht übertragbar, sofern nicht eine ausdrückliche Bestimmung entgegensteht oder

1 RGRK-Löschner, § 413 Anm. 7; Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3; Palandt-Danckelmann, § 413 Anm. 1 c. Lehmann (Enneccerus, Lehrb., § 83, 3, S. 332) bezeichnet den Schluß, daß sich die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte aus § 413 BGB und ihrer Eigenschaft als "Rechte" ergebe, als "Rechtsfolgenerschleichung aus Begriffen", mit der nichts gewonnen sei.

2 Zu dem gleichen Ergebnis kommt Stoll (AcP 135, S. 234), der die Anwendung des § 413 BGB mit der unzutreffenden Begründung verneint, diese Vorschrift enthalte nicht den Satz, Rechte sind übertragbar, sondern sie schreibe nur vor, welche Wirkungen für übertragbare Rechte gelten sollten. Diese Ansicht widerspricht dem Wortlaut des § 413 BGB.

eine Übertragung nach § 399 BGB ausgeschlossen ist¹. Diese Übertragbarkeit ergibt sich aus dem selbständigen Charakter dieser Rechte; ihre Ausübung begründet, ändert oder vernichtet nur ein einzelnes Recht, und die Wirkung der Ausübung kann auch in der Person eines anderen eintreten, ohne daß das Recht dadurch eine inhaltliche Änderung erfährt.

Das Vorkaufsrecht ist zwar nach der gesetzlichen Bestimmung des § 514 BGB nicht übertragbar, aber seine Abtretbarkeit ist nicht im Sinne eines Verbots, sondern nur im Sinne eines aus der normalen Zweckbestimmung entnommenen nachgiebigen Rechtssatzes ausgeschlossen². Die Einräumung des Vorkaufsrechts ist in der Regel nur den persönlichen Interessen des Berechtigten zu dienen bestimmt.³ Seine Nichtabtretbarkeit im Sinne eines relativen Veräußerungsverbots bezweckt den Schutz des Vorkaufsverpflichteten. Daher ist das Vorkaufsrecht mit seiner Einwilligung übertragbar⁴. Das gleiche gilt auch für das dingliche Vorkaufsrecht, auf welches nach § 1098 BGB die Bestimmungen des obligatorischen Vorkaufs Anwendung finden.

Das Wiederkaufsrecht nach § 497 BGB ist übertragbar ohne eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien, da eine dem § 514 BGB entsprechende Bestimmung für das Wiederkaufsrecht fehlt⁵. Seine Abtretbarkeit

1 Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2 a; RGRK-Löscher, § 413 Anm. 7; Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3; Erman-Westermann, § 399 Bem. 5; Palandt-Danckelmann, § 413 Anm. 1 c; Planck-Siber, § 413 Bem. 1b; Enneccerus-Lehmann, § 83, 3, S. 332; Fikentscher, Lehrb., § 58 II, S. 297; Blomeyer, Lehrb., S. 280; Kress, Lehrb., S. 534; Molitor, Lehrb., S. 158, Seckel, aaO., S. 220.

2 Oertmann, § 399 Bem. 1 g; Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2 a.

3 Vgl. Motive II, S. 351 und Protokolle II, S. 109.

4 RGZ 148, 105 (108); 163, 151; Staudinger-Ostler, § 514 Rdziff. 2; RGRK-Kuhn, § 514 Anm. 1; RGRK-Löscher, § 413 Anm. 7; Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3; Soergel-Siebert-Ballerstedt, § 514 Anm. 2; Palandt-Danckelmann, § 413 Anm. 1 c.

Das Vorkaufsrecht des Miterben nach § 2034 BGB ist wegen seiner höchstpersönlichen Natur nicht abtretbar (OLG Colmar, OLGE 26, 302).

5 Staudinger-Ostler, § 497 Rdziff. 8; Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2 a; RGRK-Kuhn, § 497 Anm. 9; RGRK-Löscher, § 413 Anm. 7; Oertmann, § 497 Bem. 4; Seckel, aaO., S. 221.

aa. Larenz, SchR II, § 40 II, S. 103; nach seiner Ansicht ist das Wiederkaufsrecht - wie das Vorkaufsrecht - nur mit Zustimmung des Käufers übertragbar.

kann aber vertraglich ausgeschlossen werden und in vielen Fällen wird sie nach dem Zweck des Wiederkaufsrechts ausgeschlossen sein, da auch das Wiederkaufsrecht - wie das Vorkaufsrecht - häufig eingeräumt wird, um den persönlichen Interessen des Verkäufers entgegenzukommen.

Ebenso abtretbar sind die Aneignungsrechte, die Berg-, Fischerei- und Jagdrechte. Sie gewähren dem Berechtigten eine selbständige vermögenswerte Position, die auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen werden kann¹.

2. Übertragbarkeit der unselbständigen Gestaltungsrechte

Für die Übertragbarkeit der weit größeren Gruppe der unselbständigen Gestaltungsrechte lassen sich keine allgemeingültigen Regeln aufstellen. Sie gehören zwar auch zu den "anderen Rechten" im Sinne des § 413 BGB, auf die die Vorschriften über die Übertragbarkeit von Forderungen entsprechende Anwendung finden, aber aus ihrem unselbständigen Charakter ergeben sich erhebliche Einschränkungen.

Die unselbständigen Gestaltungsrechte sind mit anderen Rechten und Rechtsverhältnissen des Gestaltungsberechtigten verknüpft, sie dienen dazu, die Rechtspositionen, in denen sie begründet sind, abzuändern oder aufzuheben². Aus diesem Grunde lehnt die h. M. die isolierte Übertragung dieser Gestaltungsrechte auf ein anderes Rechtssubjekt ab³. Die Gestaltungsrechte seien als Bestandteile des zugehörigen Rechtsverhältnisses streng akzessorisch. Das gleiche gilt nach h. M. auch für das Wandlungs- und Minderungsrecht⁴.

1 RGRK-Löschner, § 413 Anm. 7; Palandt-Danckelmann, § 413 Anm. 1 c; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 83, 3, S. 332; Diss. Tils, S. 23.

2 Siehe oben S. 18.

3 Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2 b; Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3; Erman-Westermann, § 399 Bem. 5; § 413 Bem. 1; Palandt-Danckelmann, Überbl. vor § 104 Anm. 4 e; Esser, Lehrb., § 90, 1, S. 415; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 83, 3, S. 332; Fikentscher, Lehrb., § 103 I 6 b, S. 561; Molitor, Lehrb., S. 158; Bettermann, NJW 49, 270; Diss. Quecke, S. 32; Diss. Schlochoff, S. 33; Diss. Fischer, S. 23; LG Bad Kreuznach, NJW 55, 951; aA. Diss. Löwenthal, S. 30 ff.

4 Palandt-Gramm, § 462 Anm. 1.

Seckel¹ hat dagegen die selbständige Übertragung des Anfechtungs- und Rücktrittsrechts unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen. Nach seiner Ansicht ist ihre isolierte Abtretbarkeit davon abhängig, welcher Art das Schuldverhältnis ist, auf das die Anfechtungs- und Rücktrittsrechte einwirken, und in welchem Erfüllungsstadium es sich befindet. Er hat unterschieden nach ein- und zweiseitigen Schuldverhältnissen und danach, ob sie schon ganz, nur von einer Partei oder noch nicht erfüllt sind.

Für jede einzelne Möglichkeit hat er zunächst die Übertragbarkeit des Rücktritts untersucht und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß das Rücktrittsrecht - unabhängig davon, ob es sich um ein vertragsmäßig vorbehaltenes oder gesetzliches handelt - selbständig übertragbar sei, wenn seine Ausübung lediglich forderungsbegründend wirke, nicht dagegen, wenn sie liberatorische Wirkung habe. So sei das Rücktrittsrecht von einem einseitig verpflichtenden, vom Schuldner erfüllten Schuldverhältnis (z. B. Schenkungsversprechen) selbständig übertragbar, da das Schuldverhältnis durch die Leistung erloschen sei. Die Ausübung des Rücktritts wirke dann nicht liberatorisch, sondern nur forderungsbegründend zugunsten des Zurücktretenden. Ebenso selbständig übertragbar sei das Rücktrittsrecht von einem Vertrag, der von beiden Seiten erfüllt sei, denn auch in diesem Fall sei das ganze Schuldverhältnis erloschen und die Ausübung des Rücktrittsrechts begründe lediglich eine Forderung zugunsten und eine Schuld zulasten des Zurücktretenden. Nicht selbständig übertragbar sei das Rücktrittsrecht, wenn bei einem einseitigen Schuldverhältnis der Schuldner noch nicht geleistet habe; in diesem Fall sei das Rücktrittsrecht Bestandteil der Schuld, es entfalte nur eine Liberationswirkung. Ebenso seien die Fälle des zweiseitigen Vertrages zu beurteilen, die nur von einer Partei oder noch gar nicht erfüllt seien.

Dieselben Unterscheidungen hat Seckel² bei der Prüfung des Anfechtungsrechts durchgeführt und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß das Anfechtungsrecht "ipso iure" mit übergehe, wenn sich die Anfechtungswirkung in den Grenzen der eigenen Rechtssphäre des Sukzessors halte, wenn dieser also in die Gesamtposition des ursprünglich Anfechtungsberechtigten durch Abtretung der Forderungen und Übernahme der Verpflichtungen ein-

1 aaO., S. 222 .

2 aaO., S. 223 .

gerückt sei. Es soll nicht übergehen, wenn seine Ausübung auch die Rechtssphäre des Rechtsvorgängers berühren würde. So könne z. B. beim einseitigen noch nicht erfüllten Schuldverhältnis das dem Schuldner erwachsene Anfechtungsrecht als Bestandteil der Schuld nicht selbständig übertragen werden, wohl aber zugleich mit der Schuld. Auch wenn die Schuld übernommen sei, bevor der Urschuldner vom Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt habe, gehe das Anfechtungsrecht kraft Rechtsnotwendigkeit auf den Nachfolger in der Schuld über. Beim einseitigen erfüllten Schuldverhältnis nimmt Seckel nun, nicht wie beim Rücktrittsrecht, selbständige Übertragbarkeit des Anfechtungsrechts an; die Anfechtung wirke nicht mehr befreiend, da die Schuld durch Erfüllung untergegangen sei, aber auch nicht von sich aus forderungsbegründend, da das Anfechtungsrecht ein reines Vernichtungsrecht sei. Die isolierte Abtretung sei daher zwecklos, da sie dem Zessionar nichts verschaffe, sondern nur die causa der Zuwendung rückwirkend vernichte. Möglich und zulässig sei aber die kombinierte Abtretung des Anfechtungsrechts und des mittels Anfechtung indirekt auszulösenden künftigen Bereicherungsanspruchs. Von diesen beiden Fallgestaltungen ausgehend hat Seckel auch die verschiedenen Variationsmöglichkeiten des zweiseitigen Vertrages gelöst. Einen Unterschied hat er allerdings gegenüber den einseitigen Schuldverhältnissen gemacht: Das Anfechtungsrecht verbleibt der Vertragspartei, wenn eine Forderung aus dem Vertrag zediert wird oder wenn eine Schuldübernahme erfolgt, bevor das Anfechtungsrecht bekannt ist.

Dieser Ansicht Seckels kann nicht zugestimmt werden. Er geht dabei von falschen Voraussetzungen aus¹. Rücktritts- und Anfechtungsrecht stehen immer zu einem Schuldverhältnis in Beziehung, und zwar auch dann noch, wenn dieses schon beiderseits erfüllt ist. Durch die Erfüllung der einzelnen aus dem Schuldverhältnis entspringenden Forderungen erlischt das Schuldverhältnis nicht in dem Sinne, daß es rechtlich völlig untergeht. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Erlöschen eines Schuldverhältnisses im engeren und im weiteren Sinne. Erlöschen eines Schuldverhältnisses im engeren Sinne bedeutet seine durch einen Erlösungsgrund herbeige-

¹ v. Tuhr (Lehrb., S. 226) lehnt die Ansicht Seckels schon mit der Begründung ab, die vorgeschlagenen Lösungen seien zu kasuistisch, "um in das Rechtsbewußtsein auch nur der Juristen einzudringen".

führte unmittelbare Beendigung mit der Folge, daß der Schuldner damit endgültig von seiner Schuld befreit wird¹. Unter einem Schuldverhältnis im weiteren Sinne ist "die Gesamtheit der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner" zu verstehen². Das Schuldverhältnis im weiteren Sinne erschöpft sich nicht in gegenseitigen Einzelansprüchen, sondern es kommen noch Nebenverpflichtungen hinzu; auch nach beiderseitiger Erfüllung ergibt sich die Verpflichtung für den Vertragspartner, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck gefährden oder vereiteln könnte³.

Diese Unterscheidung zwischen dem Schuldverhältnis im engeren und im weiteren Sinne hat Seckel nicht vorgenommen, und er hat die Interessenlage des Gestaltungsgegners bei seiner Argumentation außer acht gelassen. Durch die Erfüllung, d. h. durch die Bewirkung der Leistungen, erlischt das Schuldverhältnis im engeren Sinne, während das Schuldverhältnis im weiteren Sinne bestehen bleibt. Dieses bestehenbleibende Schuldverhältnis ist das Bezugsobjekt für das Rücktritts- und auch für das Anfechtungsrecht, von diesem Schuldverhältnis sind sie weiterhin abhängig. Sie werden durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung nicht zu selbständigen Rechten. Eine solche Verselbständigung wäre auch mit den Interessen des Gestaltungsgegners nicht vereinbar. Dieser will es bei der Aufhebung und Abwicklung des Rechtsverhältnisses nur mit seinem Vertragspartner zu tun haben. Das gilt insbesondere dann, wenn er seine Leistung schon erbracht hat und diese nach Rücktritt oder Anfechtung des Vertrages zurückfordert. Aus diesem Grunde kann es für die Frage der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte nicht entscheidend sein, ob die geschuldeten Leistungen zufällig schon erbracht sind oder nicht.

Die unselbständigen Gestaltungsrechte sind nicht isoliert, d. h. losgelöst vom "Hauptrecht" übertragbar⁴. Der Grund dafür liegt in der Natur dieser Rechte. Sie haben den Zweck, das Recht oder Rechtsverhältnis, in dem sie begründet sind, zu beeinflussen. Nur im Rahmen der zugeordnete-

1 RGRK-Löschner, vor § 362 Anm. 1.

2 BGHZ 10, 391 (395); Esser, Lehrb., § 25, 3, S. 78; Larenz, SchR I, § 31 III, S. 370.

3 RGZ 111, 298 (302); 161, 330 (338); BGH LM Nr. 2 zu § 362; Soergel-Siebert-Schmidt, § 362 Anm. 1; RGRK-Löschner vor § 362 Anm 5.

4 Larenz, AT § 19 I 7, S. 234.

ten Rechtsposition üben sie ihre Funktion aus, indem sie die Macht geben, die bestehende Rechtslage einseitig zu korrigieren. Die Gestaltungsberechtigung ist damit Ausfluß der Stellung innerhalb des Rechtsverhältnisses und die Gestaltungsmöglichkeit steht nur dem zu, der auch an dem Rechtsverhältnis beteiligt ist. Ihm ist die Entscheidung überlassen, ob er die durch die Ausübung des Gestaltungsrechts zu schaffende Rechtsänderung herbeiführen will oder nicht. Durch eine isolierte Übertragung würden die unselbständigen Gestaltungsrechte ihre Korrekturfunktion innerhalb des konkreten Rechtsverhältnisses verlieren. Es bekäme ein an dem Rechtsverhältnis unbeteiligter Dritter die Möglichkeit, über seinen Bestand und Inhalt zu entscheiden¹. Dabei würde der Zessionar durch den Erwerb des Gestaltungsrechts keine vermögensrechtliche Besserstellung erreichen, da die Gestaltungsposition für sich allein ihm nichts verschafft². Durch seine Ausübung würde nicht seine Rechtsposition, sondern die des Zedenten und dessen Vertragspartners geändert³. Letztlich widerspräche eine solche Einwirkungsmöglichkeit eines unbeteiligten Dritten auch den Interessen des anderen Vertragsteils in erheblichem Maße.

Wenn bisher von der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte die Rede war, so war damit nur die selbständige Übertragbarkeit gemeint. Es stellt sich die Frage, ob die Gestaltungsrechte auf Grund ihres unselbständigen Charakters schlechthin nicht übertragbar sind, oder ob sie mit ihrem "Hauptrecht" übertragen werden können.

Aus der Unzulässigkeit der isolierten Übertragung ergibt sich nicht, daß die Übertragung der unselbständigen Gestaltungsrechte generell ausgeschlossen ist. Die selbständige Übertragbarkeit scheitert an ihrer Zuordnung zu einer anderen Rechtsposition ihres Inhabers. Insoweit bestehen keine Bedenken, die Übertragung der Gestaltungsrechte zuzulassen, wenn ihre Zuordnung dadurch nicht geändert wird, d.h. nach den bisherigen Überlegungen können die unselbständigen Gestaltungsrechte mit der Rechtsposition, auf die sie bezogen sind, übertragen werden.

1 Oertmann, § 399 Bem. 1 g.

2 Seckel, aaO., S. 223.

3 Vgl. Roquette, DR 40, 1991.

Auch andere Gründe, die die Übertragbarkeit grundsätzlich ausschließen würden, sind nicht ersichtlich. Die unselbständigen Gestaltungsrechte, wie das Anfechtungsrecht, Kündigungsrecht, Rücktritts- und Wandlungsrecht sind nicht sämtlich höchstpersönlicher Natur¹, die eine rechtsgeschäftliche Übertragung grundsätzlich nicht zulassen würde. Sie sind in erster Linie an eine Rechtsposition gebunden und nicht an ein Rechtssubjekt². Zwar sind persönliche Momente bei der Entscheidung über die Ausübung der Gestaltungsrechte nicht ohne Bedeutung, aber dieser Einwand läßt sich gegen jede Zession erheben. Der Zessionar treibt u. U. die Forderung mit mehr Nachdruck ein als der Zedent. Auf diesen Gesichtspunkt hat der Gesetzgeber aber keine Rücksicht genommen.

Die weitere Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die unselbständigen Gestaltungsrechte mitübertragen werden können, läßt sich nicht für alle Rechte einheitlich beantworten, da die unselbständigen Gestaltungsrechte sich in ihren Bezugsobjekten und im Grad ihrer Abhängigkeit erheblich unterscheiden. Hier ist auf die Einteilung in unselbständige Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne und Anhangsrechte zurückzugreifen³.

Die Anhangsrechte sind nur mit einem einzelnen Recht oder einer einzelnen Verpflichtung verknüpft. Sie sind mit dieser Rechtsposition, deren Ausübung und Durchsetzung sie dienen, untrennbar verbunden, und sie können losgelöst von ihrem Hauptrecht nicht bestehen. Daher müssen sie beim Übergang ihres Hauptrechts auf den neuen Berechtigten mit übergehen oder sie müssen erlöschen. Ein Verbleiben beim Zedenten läßt sich mit ihrer Abhängigkeit nicht vereinbaren.

Nach der Abtretung des Hauptrechts beeinflußt die Ausübung der darauf bezogenen Anhangsrechte nur noch die Stellung des neuen Berechtigten, während die Position des Zedenten unberührt bleibt. So hat die Kündigung zur Herbeiführung der Fälligkeit nur Auswirkungen auf die abgetretene

1 Höchstpersönliche Gestaltungsrechte sind z. B. Anfechtung der Ehe nach §§ 32 ff EheG, Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach § 1594 BGB. Diese Rechte sind überhaupt nicht übertragbar, sie sind nicht einmal vererblich.

2 Esser, Lehrb., § 24, 2, S. 75.

3 siehe oben S. 17.

Forderung und damit auf die Stellung des Zessionärs. Das gleiche gilt für das Kündigungsrecht des Darlehensschuldners, wenn die Schuld von einem Dritten nach §§ 414, 415 BGB übernommen wird. Ebenso verhält es sich auch mit dem Wahlrecht bei der Wahlschuld.

Da die Anhangsrechte also nach dem Übergang des Hauptrechts ihre Wirkung nur in der Person des neuen Berechtigten entfalten, bestehen keine Bedenken, die Anhangsrechte mit dem Hauptrecht übergehen zu lassen¹. Dieser Übergang auf den Zessionar des Hauptrechts erfolgt "ipso iure". Die Anhangsrechte gehen mit auf den Erwerber des Hauptrechts über, ohne daß eine entsprechende Parteivereinbarung notwendig wäre. Werden sie ausdrücklich von der Übertragung ausgenommen oder ist ihre Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt ausnahmsweise nicht möglich - etwa weil sie nur einer bestimmten Person eingeräumt sind -, so erlöschen sie.

Die unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne beziehen sich nicht auf ein einzelnes Recht, sondern auf ein Rechtsverhältnis als ganzes. Entsprechend beeinflußt ihre Ausübung nicht nur einen einzelnen Anspruch oder eine einzelne Verpflichtung, sondern sie ändert das ganze Schuldverhältnis, in dem sie begründet sind.

Aus diesem Grunde lehnten v. Tuhr² und Siber³ die Übertragbarkeit dieser Gestaltungsrechte grundsätzlich ab. Die einzige Möglichkeit, einen anderen als den Vertragspartner die Gestaltungsrechte ausüben zu lassen, sahen sie in der Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht. Diese Ansicht wird dem Wesen der unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne nicht gerecht. Diese Gestaltungsrechte sind auf ein Schuldver-

1 RGRK-Löschner, § 413 Anm. 7; Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2; Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3 und § 401 Anm. 2; Planck-Siber, § 413 Anm. 1 b; Oertmann, § 399 Bem. 1 g; Palandt-Danckelmann, Überbl. vor § 104 Anm. 4 e; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 83, 3, S. 332; Larenz, SchR I, § 30 VI, S. 360; Esser, Lehrb., § 24, 2, S. 75; v. Tuhr, Lehrb. I, S. 225; Blomeyer, Lehrb., S. 280; Kress, Lehrb., S. 534; Seckel, aaO., S. 221; Sohm, aaO., S. 30.

2 Lehrb. I, S. 226; Lehrb. II, S. 306; Unwiderrufl. Vollmacht, S. 168.

3 Lehrb., S. 152; Planck-Siber, § 398 Bem. 4 c; § 399 Bem. 1 c.

hältnis zugeordnet, und diese Zuordnung darf durch eine Übertragung nicht geändert werden. Aus diesem Grunde läßt die h.M.¹ die Übertragung der unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne zu, wenn sie dadurch nicht von ihrem Schuldverhältnis losgelöst werden.

Larenz² macht eine weitere Einschränkung bezüglich des Anfechtungsrechts. Nach seiner Ansicht ist das Recht zur Anfechtung von Willenserklärungen an die Person des Erklärenden gebunden und geht nur auf den Erben über. Er gibt keinen Grund für die unterschiedliche Beurteilung des Anfechtungsrechts gegenüber den anderen Gestaltungsrechten dieser Gruppe an. Ein solcher ist auch nicht ersichtlich, zumal diese Gestaltungsrechte in ihren Wirkungen große Ähnlichkeit untereinander aufweisen. Ein Grund könnte allenfalls sein, daß bei der Entstehung des Anfechtungsrechts subjektive Elemente eine größere Rolle spielen als bei den anderen Gestaltungsrechten³. Subjektive Elemente wirken auch bei der Entstehung des Rücktritts- und Kündigungsrechts mit. Darauf kann es nicht entscheidend ankommen. Wenn auch die Entstehung des Anfechtungsrechts in besonders starkem Maße von der Person des Vertragsschließenden abhängen mag, so hat das Anfechtungsrecht doch keinen höchstpersönlichen Charakter, der den Ausschluß der Übertragbarkeit rechtfertigen würde. Ohne Irrtum wäre der Vertrag nicht oder nicht in der Form abgeschlossen worden. Der Irrtum haftet dem Vertragsverhältnis an und nicht der Person dessen, der sich geirrt hat.

Die unselbständigen Gestaltungsrechte können also ohne Ausnahme auf einen anderen übertragen werden, wenn sie dadurch nicht von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis gelöst werden. Der Zessionar der Gestaltungsrechte muß an dem Rechtsverhältnis, das durch ihre Ausübung betroffen wird, "teilnehmen". Es stellt sich nun als nächstes die Frage, wann

1 RG in WarnRspr. 1912, 80 f; Staudinger-Werner, § 413 Bem. II; RGRK-Löscher, § 413 Anm. 7; Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3; Palandt-Danckelmann, Überbl. vor § 104 Anm. 4 e; Esser, Lehrb., § 24, 2, S. 75; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 83, 3, S. 332; Kress, Lehrb., S. 534; Blomeyer, Lehrb., S. 291; Diss. Löwenthal, S. 35; LG Bad Kreuznach, NJW 55, 950; LG Koblenz, NJW 55, 955.

2 SchR I, § 30 VI, S. 360 u. AT, § 19 I 7, S. 234 u. § 29 V b, S. 466; ebenso v. Tuhr, Lehrb. II 1, S. 307.

3 so Blomeyer, Lehrb. (2. Aufl.), § 45, 3, S. 324.

diese Voraussetzung erfüllt ist.

Nach der gesetzlichen Regelung bieten sich als Möglichkeiten zur "Teilnahme" am Schuldverhältnis Forderungsabtretung und Schuldübernahme an. Die Abtretung bewirkt den Übergang der Gläubigerstellung bezüglich eines Anspruchs. Der neue Gläubiger tritt an die Stelle des alten Gläubigers (§§ 398 ff BGB). Durch die Schuldübernahme übernimmt ein neuer Schuldner eine bestehende Verpflichtung anstelle des alten Schuldners (§§ 414 ff BGB). Der Übernehmer verpflichtet sich, das zu leisten, was bisher der alte Schuldner zu leisten hatte. Dadurch wird der alte Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit; die Schuld bleibt dieselbe¹. Forderungsabtretung und Schuldübernahme ermöglichen nur die Rechtsnachfolge in einzelne Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem Schuldverhältnis.

Der Zessionar eines Rechts und der Übernehmer einer Schuld kommen in eine gewisse rechtliche und tatsächliche Beziehung zu dem Schuldverhältnis, in dem ihre erworbene Rechtsstellung begründet ist. Der Fortbestand ihrer Forderung bzw. ihrer Verpflichtung hängt vom Bestehen des Vertragsverhältnisses ab, eine Änderung oder Aufhebung des Vertrages hat auch Auswirkungen auf ihre Position. Aber da sie nur Inhaber einzelner Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem Schuldverhältnis sind, fragt es sich, ob sie in eine so enge Beziehung zu dem ganzen Vertragsverhältnis kommen, daß eine Übertragung der unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne auf sie möglich ist.

Diese unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne ändern das ganze Schuldverhältnis, und die Wirkung ihrer Ausübung ist nicht auf die Person des Zessionars oder Übernehmers beschränkt, sondern es wird gleichzeitig die Rechtsstellung des Zedenten geändert. Wird nur ein bestimmter Anspruch abgetreten, z. B. die Mietzinsforderung, so kann das

¹ RGZ 119, 114 (118); Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 84 II, S. 333; Oertmann, vor § 414 Bem. 5 b; Erman-Westermann, vor § 414 Bem. 2; Larenz, SchR I, § 31 I a, S. 361; aA. Strohal, JherJ 57, 230 ff, insbes. 273 ff; der in der Schuldübernahme die Neubegründung der Schuld sieht, da die Haftung eines bestimmten Vermögens für die Schuld ein so wesentlicher Bestandteil sei, daß dessen Auswechslung ausgeschlossen sei.

Kündigungsrecht¹ des Vermieters nicht mitübertragen werden, da durch seine Ausübung nicht nur die abgetretene Mietforderung, sondern das ganze Mietverhältnis aufgehoben wird. Ebenso können mit der Übernahme der Zahlungsverpflichtung aus einem Kaufvertrag nicht die Gewährleistungsrechte auf den Übernehmer übergehen, da ihre Geltendmachung den ganzen Kaufvertrag und damit auch die Vertragsposition des Käufers verändert. Die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsverhältnis bestehen bleiben soll oder nicht, kann nicht dem überlassen werden, der nur Gläubiger eines einzelnen Anspruchs oder Schuldner einer einzelnen Verbindlichkeit ist².

Aus diesen Gründen können die unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne nicht mit einzelnen Rechten aus dem Schuldverhältnis, auch nicht mit der Hauptforderung oder der Hauptverpflichtung übertragen werden³, sie verbleiben ausschließlich dem Vertragspartner⁴. Auch wenn alle Rechte aus dem Vertragsverhältnis einzeln nacheinander oder zusammen übertragen werden, können diese Gestaltungsrechte nicht mit auf den Zessionar übergehen, da sie sich auf das Schuldverhältnis im weiteren Sinne beziehen, an dem der Vertragspartner nach wie vor beteiligt ist. Weiterhin ist ein Übergang der Gestaltungsrechte mit den Interessen des Gestaltungsgegners nicht vereinbar⁵.

1 Das Vertragskündigungsrecht ist im Gegensatz zur Fälligkeitkündigung ein Bestandteil des ganzen Schuldverhältnisses.

2 Aus diesem Grunde ist die nicht näher begründete Ansicht von Westermann (Lehrb., § 42 IV 3 e) abzulehnen, wonach die Rechte aus einem vom Beauftragten abgeschlossenen Vertrag, vor allem die Gewährleistungsrechte, mit dem Eigentum an den mittelbar Vertretenen gehen sollen, soweit die Interessen des Vertragspartners nicht verletzt werden. Mit den aus der Geschäftsbesorgung erlangten Sachen und Rechten können die Gewährleistungsansprüche und die übrigen Gestaltungsrechte nicht übergehen, da der Geschäftsherr durch den Erwerb der Sachen und Rechte nicht in die Vertragsstellung des Beauftragten einrückt.

3 Esser, Lehrb., § 24, 2, S. 75; Larenz, SchR I, § 31 I b, S. 363. Nach Staudinger-Werner (Bem. II 2 b zu § 413) kann das Anfechtungsrecht "mit dem Hauptrecht" übertragen werden. Diese Formulierung ist nicht eindeutig. Es ist anzunehmen, daß unter "Hauptrecht" das Bezugsobjekt des Anfechtungsrechts, das ganze Schuldverhältnis zu verstehen ist. Sollte damit der Hauptanspruch aus einem Vertrag, wie z. B. der Lieferungs- und Zahlungsanspruch aus einem Kaufvertrag gemeint sein, so ist diese Ansicht abzulehnen.

4 Diss. Quecke, S. 35.

5 Vgl. oben S. 25.

Der Vertragspartner kann die Gestaltungsrechte dem Erklärungsempfänger gegenüber ohne Einschränkung ausüben. Er benötigt dazu nicht die Zustimmung des Zessionars eines Rechts, wenn er dessen Rechtsstellung durch die Gestaltung beeinflusst, wie Danckelmann¹ meint. Der Vertragspartner mag dem Zessionar gegenüber verpflichtet sein, das abgetretene oder übernommene Recht nicht ohne dessen (des Erwerbers) Zustimmung durch die Ausübung des Gestaltungsrechts zu vernichten oder abzuändern. Eine solche Verpflichtung hat aber keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der Ausübungserklärung dem anderen Vertragsteil gegenüber.

Durch Forderungsabtretung und Schuldübernahme wird die zur Übertragung dieser Gestaltungsrechte notwendige Mindestvoraussetzung, daß sie nicht von ihrem Schuldverhältnis losgelöst werden dürfen, nicht rechtlich und nicht tatsächlich erreicht².

Die gleichen Bedenken, die gegen die Übertragbarkeit dieser Gestaltungsrechte bei der Schuldübernahme sprechen, bestehen beim Schuldbeitritt und der Erfüllungsübernahme in verstärktem Maße.

Beim Schuldbeitritt wird der bisherige Schuldner nicht von seiner Verbindlichkeit befreit, sondern der Gläubiger erhält nur einen weiteren Schuldner, der neben den Altschuldner tritt³. Der Beitretende nimmt damit nicht als Alleinschuldner bezüglich einer Schuldverpflichtung an dem ganzen Vertragsverhältnis teil wie bei der befreiten Schuldübernahme, sondern nur als Mitschuldner, so daß die Änderung des Vertrages den Vertragspartner auch hinsichtlich dieser Verpflichtung selbst unmittelbar betrifft.

Bei der Erfüllungsübernahme durch einen Dritten besteht keine rechtliche Beziehung des Dritten zu dem Schuldverhältnis. Durch die Erfüllungsübernahme verpflichtet sich der Dritte nur dem Schuldner gegenüber, dessen Schuld zu erfüllen. Für die Verpflichtung aus dem Vertragsverhältnis hat die Erfüllungsübernahme keine Bedeutung, der Gläubiger erlangt

1 Palandt, § 413 Anm. 1 c.

2 Ebenso geht die Passivstellung bezüglich der Gestaltungsrechte nicht mit einzelnen Forderungen oder Verpflichtungen über. Der Vertragspartner kann die Gestaltungsrechte nur gegenüber dem anderen Vertragspartner ausüben, die Geltendmachung gegenüber dem Zessionar einer Forderung oder Übernehmer einer Schuld ist unwirksam (vgl. Palandt-Danckelmann, § 398 Anm. 3 a).

3 RGZ 135/107.

gegen den Übernehmer kein eigenes Forderungsrecht (vgl. § 329 BGB). Schuldbeitritt und Erfüllungsübernahme reichen also ebenfalls nicht aus, um die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte bejahen zu können; dazu ist eine "intensivere Teilnahme" an dem Vertragsverhältnis erforderlich.

Zu diesem Zwecke bietet sich die Vertragsübernahme an, durch die das ganze Schuldverhältnis auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen wird, das als neue Vertragspartei an die Stelle der alten tritt. Das BGB kennt eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme nicht, sondern nur die Abtretung von Forderungen und Einzelrechten und die Übernahme von Schulden. Der Gesetzgeber sah noch nicht die Bedeutung, die im Wirtschaftsleben einer Vertragsübernahme zukommt, etwa bei der Übernahme eines gewerblichen Unternehmens. Er hat die Vertragsübernahme nur für einige Einzelfälle angeordnet, so z. B. im Mietrecht, § 571 BGB, und im Pfandrecht, § 1251 BGB. Durch Abtretung der einzelnen Ansprüche und Übernahme der Verbindlichkeiten läßt sich die Übernahme der gesamten Parteistellung nicht erreichen, denn das gesamte Schuldverhältnis ist mehr, "nämlich ein 'Gefüge' von Rechten, Rechtslagen und Pflichten"¹, und "bei der Übertragung nur der Einzelansprüche fiele der Komplex der Neben- und Treuepflichten ins Leere"².

Um die Übertragung ganzer Schuldverhältnisse zu ermöglichen, haben Rechtsprechung³ und Rechtslehre⁴ die Vertragsübernahme als rechtsgeschäftliche Verfügung zwischen den drei Beteiligten über eine Vertragsstellung im ganzen anerkannt. Durch eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Übernehmer, dem ausscheidenden Vertragsteil und dem verbleibenden Vertragspartner tritt der Übernehmer in vollem Umfang in die Position des ausscheidenden Vertragsteils als Vertragspartei ein.

Mit der Schuldner- und Gläubigerstellung im ganzen sind die Gestaltungs-

¹ Larenz, SchR I, § 31 III, S. 370.

² Esser, Lehrb., § 25, 3, S. 78.

³ RGZ 119, 118; 130, 118; BGH MDR 58, 90; NJW 61, 454.

⁴ Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 87 I 2, S. 350; Esser, Lehrb., § 25, 3, S. 78 u. § 95, 5; Larenz, SchR I, § 31 III, S. 370; Blomeyer, Lehrb., S. 290; Siber, Lehrb., S. 218; Soergel-Siebert-Schmidt, Anm. 5 vor § 398; RGRK-Löschner, Anm. 6 vor § 398; Piper, aaO., S. 184 ff.

rechte, die auf die Vertragsstellung einwirken, übertragbar¹, da sie dadurch nicht von ihrem Schuldverhältnis losgelöst werden. Sie werden nur auf den übertragen, der in die Stellung als Vertragspartei eingetreten ist². Die Voraussetzung, daß die Gestaltungsrechte nicht vom Schuldnerverhältnis gelöst werden dürfen, wird bei der Vertragsübernahme rechtlich und tatsächlich erreicht, denn der Übernehmer ist Rechtsnachfolger hinsichtlich des gesamten Schuldverhältnisses³. Werden diese Gestaltungsrechte bei der Vertragsübernahme nicht mit übertragen, so erlöschen sie⁴, da sonst wieder ein an dem Rechtsverhältnis nicht mehr Beteiligter über seinen Bestand entscheiden könnte. Ihr Verbleiben beim ausscheidenden Vertragsteil läßt sich mit ihrer Unselbständigkeit nicht vereinbaren⁵.

-
- 1 BGH LM Nr. 16 zu § 581; Enneccerus -Lehmann, Lehrb., § 87 I 2, S. 350 u. § 83, 3, S. 332; Larenz, AT § 19 I 7, S. 234 u. SchR I, § 31 III, S. 371; Esser, Lehrb., § 25, 3, S. 78 u. § 93, 3, S. 428; Blomeyer Lehrb., S. 291; Kress, Lehrb., S. 534; Molitor, Lehrb., S. 164; RGRK-Löscher, Anm. 6 vor § 398; Soergel-Siebert-Schmidt, Anm. 5 vor § 398 u. § 413 Anm. 3; Diss. Löwenthal, S. 35; Bettermann, MSchG vor §§ 2-4 Anm. 13 u. NJW 49, 270.
 - 2 Ob die Gestaltungsrechte beim Vertragsübergang ohne weiteres mit auf den Rechtsnachfolger übergehen, ist streitig. Quecke (Diss., S. 35) ist der Ansicht, daß bei der rechtsgeschäftlichen Nachfolge in die Rechtsstellung des Vertragspartners die unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne notwendig auf den Übernehmer der Vertragsposition übergehen (vgl. Larenz, AT § 19 I 7, S. 234). Dagegen teilen die Gestaltungsrechte nach h. M. (Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2; RGRK-Löscher, § 413 Anm. 7; Soergel-Siebert-Schmidt, § 401 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 83, 3, S. 332) nicht notwendig das Schicksal der Rechtsposition. Danach ist zum Übergang dieser Gestaltungsrechte neben der Vertragsübernahme eine besondere Abtretung der Gestaltungsrechte nach §§ 398, 413 BGB erforderlich.
 - 3 Der Übernehmer ist auch den Gestaltungsrechten des anderen Vertragsteils ausgesetzt; nur ihm (dem Übernehmer) gegenüber kann der Vertragsgegner seinerseits die Gestaltungsrechte wirksam ausüben.
 - 4 Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 87 I 2, S. 351. -
 - 5 Staudinger-Werner, § 413 Bem. II 2; Diss. Tils, S. 34; aA. Schlochoff, Diss. S. 37 ff. Er vertritt die Ansicht, daß die Gestaltungsrechte, wenn sie nicht mit übertragen werden, dem ausscheidenden Vertragsteil verbleiben.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß die unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne in ihrer Übertragbarkeit erheblich eingeschränkt sind. Sie können nicht selbständig und nicht mit einzelnen Rechten aus dem Schuldverhältnis übertragen werden; sie sind nur mit der ganzen Rechtsposition im Rahmen der Vertragsübernahme übertragbar.

§ 4 Grenze des Herausgabeanspruchs aus § 667 BGB und die wirtschaftliche Interessenlage

Nach der bisherigen Untersuchung läßt sich die Frage, ob die Gestaltungsrechte der Herausgabepflicht des § 667 BGB unterliegen, d.h., ob sie als etwas Erlangtes im Sinne dieser Vorschrift anzusehen sind, beantworten. Die Gestaltungsrechte unterliegen als subjektive Rechte ebenso wie die Herrschaftsrechte und Ansprüche der Herausgabeverpflichtung. Zwar stellen die Gestaltungsrechte ihrem Inhalt nach keinen selbständigen konkreten Vermögenswert dar, aber sie enthalten eine vermögenswerte Position, da sie ihrem Inhaber die Macht verleihen, durch ihre Ausübung seine Interessen zu befriedigen; sie sind also Vermögensrechte¹. Diese Gestaltungsposition ist ebenso als etwas Erlangtes im Sinne des § 667 BGB anzusehen, wie z.B. Forderungen, die der Beauftragte gegen seinen Vertragspartner hat, und das Eigentum, das der Vertragspartner in Erfüllung des Vertrages an den Beauftragten übertragen hat. Der Auftraggeber kann also die Gestaltungsrechte, die der Auftragnehmer aus seiner Tätigkeit für ihn erlangt hat, herausverlangen, d.h. er kann ihre Übertragung gem. §§ 413, 398 BGB an sich fordern.

Dieser grundsätzlich bestehende Übertragungsanspruch des Geschäftsherrn erfährt aber sogleich eine wesentliche Einschränkung, die sich aus der Untersuchung der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte ergibt; der Übertragungsanspruch kollidiert mit der nicht selbständigen Übertragbarkeit eines Teils der Gestaltungsrechte und wird dadurch begrenzt. Der Geschäftsherr kann die Übertragung der Gestaltungsrechte nur insoweit verlangen, wie diese übertragbar sind; ansonsten würde etwas rechtlich Unmögliches von dem Geschäftsführer verlangt.

Keine Schwierigkeiten bereiten die selbständigen Gestaltungsrechte, die im Verhältnis zwischen dem Geschäftsführer und seinem Vertragspartner entstanden sind. Soweit die Übertragung nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen ist (z.B. Vorkaufsrecht, § 514 BGB) kann der Geschäftsherr ihre Übertragung auf sich verlangen, da die selbständigen Gestaltungsrechte auch selbständig übertragbar sind². So kann er z.B. die Übertra-

1 siehe oben, S. 9.

Diss. Quecke, S. 73; Bettermann, WM 50 Nr. 1

2 siehe oben, S. 20 f.

gung des Wiederkaufsrechts fordern, das der Beauftragte sich einräumen ließ, als er eine Sache des Geschäftsherrn in dessen Auftrag veräußerte. Nach ihrer Übertragung kann der Auftraggeber die Gestaltungsrechte dann selbst ausüben.

Ebensowenig Schwierigkeiten bereiten die Anhangsrechte. Diese können zwar nicht selbständig übertragen werden, aber sie gehen auf den Geschäftsherrn über, wenn der Beauftragte das Hauptrecht, mit dem sie verbunden sind, entsprechend seiner Verpflichtung aus § 667 BGB überträgt¹. Diese Gestaltungsrechte sind also nicht selbst Gegenstand einer Übertragung, sondern bloßes Anhängsel des herauszugebenden Hauptrechts. So geht z. B. das Wahlrecht, das dem Beauftragten hinsichtlich eines Anspruchs gegen seinen Vertragspartner zusteht, bei Übertragung dieses Anspruchs "ipso iure" mit auf den Auftraggeber über; ebenso die Kündigungsrechte zur Herbeiführung der Fälligkeit einer Forderung bei Abtretung an den Geschäftsherrn.

Diese beiden Gruppen von Gestaltungsrechten scheiden aus der weiteren Untersuchung aus; bei ihnen ergibt sich auf Grund der gesetzlichen Regelung ein befriedigendes Ergebnis, das der bestehenden wirtschaftlichen Interessenlage allerseits entspricht.

Es bleibt die wichtigste Gruppe von Gestaltungsrechten, die unselbständigen Gestaltungsrechte im eigentlichen Sinne, wie das Anfechtungs-, Rücktritts-, Vertragskündigungsrecht und das Wandlungs- und Minderungsrecht. Auf diese Gruppe von Gestaltungsrechten, die im Rahmen rechtsgeschäftlicher Beziehungen sehr oft zur Entstehung kommen, konzentriert sich die weitere Untersuchung². Bei diesen Gestaltungsrechten läßt sich nicht ohne weiteres ein allen Interessen gerecht werdendes Ergebnis finden: diese Gestaltungsrechte sind auf ein Schuldverhältnis bezogen und daher nicht selbständig übertragbar, und sie gehen wegen dieser Bezogenheit nicht mit über, wenn einzelne oder sämtliche Forderungen

¹ siehe oben, S. 28.

² Wenn im folgenden schlechthin von Gestaltungsrechten gesprochen wird, so wird darunter nur noch diese Art von Gestaltungsrechten verstanden.

und Ansprüche aus dem Schuldverhältnis übertragen werden¹.

Der Auftraggeber kann also die Gestaltungsrechte, die innerhalb der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Beauftragten und seinem Partner bestehen, nicht herausverlangen. Der Beauftragte ist zu ihrer Übertragung nicht in der Lage, da sie an die Stellung im Rechtsverhältnis geknüpft sind. Aus eben dem gleichen Grunde gehen die Gestaltungsrechte nicht mit auf den Geschäftsherrn über, wenn der Beauftragte ihm entsprechend seiner Verpflichtung aus § 667 BGB alles, was er aus dem Abschluß des Vertrages erlangt hat, herausgibt bzw. überträgt².

Das ist der Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung. Es treffen zwei nicht gleichzeitig anwendbare Rechtsgrundsätze zusammen: Einerseits hat der Geschäftsherr aus § 667 BGB den Anspruch, daß der Geschäftsführer ihm alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, überträgt, andererseits sind die Gestaltungsrechte an die Rechtsposition gebunden und können nicht losgelöst von ihr übertragen werden. Bei diesem Konfliktfall hat nach dem Willen der Verfasser des BGB der Grundsatz der Unübertragbarkeit der Gestaltungsrechte den Vorrang, der Übertragungsanspruch des Geschäftsherrn muß zurückstehen³.

Diese Entscheidung hat ihren guten Grund; sie schafft klare und eindeutige Verhältnisse, was besonders hinsichtlich der Inhaberschaft der (rechtsvernichtenden) Gestaltungsrechte für die Rechtssicherheit von großer Bedeutung ist. Der Vertragspartner muß wissen, wer Inhaber der Gestaltungsrechte ist, und wessen Ausübungserklärung das Vertragsverhältnis auflöst. Deshalb ist an der Unübertragbarkeit

1 siehe oben S. 31.

Etwas anderes ergibt sich nur, wenn der Geschäftsherr im Wege der Vertragsübernahme in die Rechtsposition des Geschäftsführers eintritt. Die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte mit dem ganzen Schuldverhältnis bietet aber keine hinreichende Möglichkeit zur Lösung des Problems. Darauf wird noch im einzelnen einzugehen sein (siehe unten S. 47 f). Diese Möglichkeit soll daher zunächst außer Betracht bleiben.

2 Vgl. oben S. 31, insbes. Fußn. 1 und S. 32. Der Geschäftsführer ist zur Übertragung seiner ganzen Rechtsposition auf den Geschäftsherrn allein nicht in der Lage, dazu bedarf es der Mitwirkung des anderen Vertragsteils (siehe unten S. 47).

3 Vgl. Prot. II S. 364: Der Geschäftsherr hat bei der sog. mittelbaren Stellvertretung jedes Risiko zu tragen. Er kann zwischen offener und "verdeckter" Stellvertretung wählen. Wenn er sich dann für die letztere entscheidet, muß er auch die damit verbundenen Gefahren tragen.

festzuhalten¹. Auf der anderen Seite ist das Ergebnis in seinen wirtschaftlichen Konsequenzen allerdings unbefriedigend. Der Beauftragte, der im Interesse und für Rechnung seines Auftraggebers handelt, ist Inhaber der Gestaltungsrechte, die in dem Ausführungsgeschäft zur Entstehung kommen, obgleich er in den meisten Fällen wirtschaftlich am Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages uninteressiert ist. Er ist zwar aus dem Vertrag seinem Vertragspartner gegenüber zur Leistung verpflichtet, aber er hat gegen seinen Auftraggeber den Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB, und er kann von diesem auch die Freistellung von seinen Verbindlichkeiten gegenüber seinem Vertragspartner verlangen.

Das Vermögen des Beauftragten ist wirtschaftlich betrachtet nur eine Durchgangsstation; durch seine Leistung an den Vertragspartner entsteht der Ersatzanspruch gegen den Auftraggeber, seine Vermögensposition bleibt im Ergebnis unberührt. Dennoch hat er die Möglichkeit, durch die Ausübung oder Nichtausübung der Gestaltungsrechte über den Bestand des Vertragsverhältnisses zu entscheiden. Der Geschäftsherr ist zunächst einmal darauf angewiesen, daß sein Beauftragter von sich aus die Gestaltungsrechte ausübt² und ihm dann die dadurch entstandenen Ansprüche abtritt. Bei seiner Entscheidung, ob er die Gestaltungsrechte ausüben und damit auf den Vertrag rechtsändernd einwirken will, entscheidet der Beauftragte über die Vermögenslage des Auftraggebers, da diesen wirtschaftlich die Konsequenzen sowohl des weiterbestehenden als auch des geänderten Vertrages treffen.

Daraus ergibt sich ein erhebliches wirtschaftliches Interesse des Geschäftsherrn, über die Ausübung der Gestaltungsrechte und damit über den Bestand des Vertragsverhältnisses, das sein Beauftragter für seine Rechnung abgeschlossen hat, selbst entscheiden zu können.

1 Eine entsprechende Anwendung des § 407 BGB auf die Gestaltungsrechte etwa in der Weise, daß der gutgläubige Erklärungsempfänger geschützt ist, wenn er auf die Wirksamkeit der Gestaltungserklärung durch den ursprünglichen Inhaber vertraut, ist wegen des rechtsvernichtenden Charakters dieser Rechte nicht möglich.

2 Ob und in welcher Weise der Geschäftsherr auf die Ausübung der Gestaltungsrechte durch den Geschäftsführer Einfluß nehmen kann, wird in späterem Zusammenhang noch eingehend zu erörtern sein (vgl unten S. 58 ff).

Dieses Interesse des Geschäftsherrn ist auch als schutzwürdig anzuerkennen. Der mittelbaren Stellvertretung kommt - wie eingangs dargelegt - im gewöhnlichen wie im kaufmännischen Leben eine so große Bedeutung zu, daß auf dieses Institut nicht verzichtet werden kann. Das bisherige Ergebnis hinsichtlich der Gestaltungsrechte engt seinen Anwendungsbe- reich aber erheblich ein. Der Auftraggeber, der - wirtschaftlich be- trachtet - Partei ist, hat danach bezüglich der Geltendmachung der Ge- staltungsrechte eine sehr schwache Position, er ist von seinem Ge- schäftsführer weitgehend abhängig. Aus diesem Grunde erscheint es nicht gerechtfertigt, den Geschäftsherrn ohne Rücksicht auf sein Interesse, über die Ausübung der Gestaltungsrechte entscheiden zu können, alle Nachteile der indirekten Stellvertretung allein unter Hinweis auf die Mög- lichkeit der offenen Stellvertretung¹ anzulasten und die Interessenkollis- sion einseitig auf seine Kosten zu lösen.

Für diese Überlegung gibt es im Gesetz unmittelbar keinen Anhaltspunkt. Ein solcher könnte sich aber aus dem gesetzgeberischen Willen, wie er bei Schaffung der Vorschrift des § 667 BGB zutage getreten ist, ergeben. Aus der Fassung dieser Vorschrift und ihrer Begründung in den Materia- lien² ist die Ansicht des Gesetzgebers zu entnehmen, der Auftraggeber könne durch seinen Herausgabeanspruch vom Beauftragten "alles" er- halten, was dieser aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Der Gesetzgeber hat den Auftraggeber aus Gründen des Vertragspartnerschutzes auf den obligatorischen Anspruch gegen seinen Beauftragten verwiesen und glaubte, ihm dadurch eine hinreichende Möglichkeit gegeben zu haben, die Früchte der Geschäftsbesorgung bekommen zu können.

Dieser gesetzgeberischen Absicht wird die Regelung des § 667 BGB nicht in vollem Umfang gerecht. Die Verfasser des BGB haben bei Schaffung dieser Vorschrift nicht berücksichtigt, daß es auch nicht selbständig über- tragbare Rechte gibt; sie haben insbesondere die Konfliktsmöglichkeit bei den Gestaltungsrechten nicht gesehen, was sich daraus erklärt, daß zur Zeit seiner Schaffung der Begriff der Gestaltungsrechte und ihre besonde- ren Konsequenzen von der Rechtslehre noch nicht herausgearbeitet waren³.

1 Vgl. Protokolle II, S. 364.

2 Motive II, S. 539; Protokolle II, S. 364.

3 siehe oben, S. 19.

Aus diesem Grunde ist die Vorschrift des § 667 BGB zwar als Bewertung nicht aber als endgültige Regelung des Interessengegensatzes zwischen dem wirtschaftlichen Geschäftsherrn und dem Vertragspartner des Beauftragten anzusehen.

Der Gedanke des Vertragspartnerschutzes, wie er in der Regelung des Vertretungsrechts (§§ 164 ff BGB) seinen Ausdruck gefunden hat, ist auch als Maßstab für die Beziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem im eigenen Namen handelnden Auftragnehmer heranzuziehen. Der Vertragspartner muß wissen, mit wem er den Vertrag abschließt. Diesem Vertragspartnerschutz ist aber andererseits nicht jedes andere Interesse bedingungslos unterzuordnen. Das hätte zur Folge, daß der Vertragspartner, z. B. wenn dem Beauftragten ein Rücktrittsrecht zusteht, oder - um ein krasserer Beispiel zu nehmen - er selbst den Vertragsschluß durch arglistige Täuschung herbeigeführt hat, einen Vorteil aus dem auseinanderfallenden wirtschaftlichen Interesse und der Stellung als Vertragspartei hätte: Der Beauftragte ist Inhaber der Gestaltungsrechte und kann sie ausüben, aber er hat daran wirtschaftlich kein Interesse, da seine Vermögensposition dadurch nicht verbessert wird¹. Andererseits hat der Auftraggeber ein erhebliches Interesse an der Ausübung, aber er hat keine Ausübungsmöglichkeit, da ihm die Gestaltungsrechte nicht abgetreten werden können. Der Schutz des Vertragspartners kann nicht soweit reichen, daß er aus der Interessenverlagerung zwischen seinem Vertragspartner und dessen Auftraggeber einen Vorteil ziehen

¹ Der Geschäftsherr kann auch nicht ohne weiteres von seinem Beauftragten verlangen, daß dieser die Gestaltungsrechte ausübt. Der Anspruch des Auftraggebers auf ordnungsgemäße Abwicklung des Auftrags umfaßt nicht in jedem Fall auch die Verpflichtung des Beauftragten, die Gestaltungsrechte auszuüben, worauf noch im einzelnen einzugehen sein wird (siehe unten S. 56ff).

kann¹. Der Geschäftsherr muß auch bei der mittelbaren Stellvertretung geschützt werden, da er - wirtschaftlich betrachtet - Partei ist.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich die Notwendigkeit, über den Wortlaut des § 667 BGB hinaus hinsichtlich der Gestaltungsrechte und ihrer Ausübung unter Abwägung der verschiedenen Privatinteressen nach einem wirtschaftlich vertretbaren Ergebnis zu suchen, um so die Lücke im Rechtssystem zu schließen.

1 Ähnliche Überlegungen haben in der Literatur RGRK-Nastelski vor §§ 249-255 Anm. 60; Staudinger-Werner, Vorbem. III 2 zu §§ 249 ff; Soergel-Siebert-Schmidt, §§ 249-253 Anm. 93 ff; Erman-Sirp, § 249 Bem. 11; Palandt-Danckelmann vor § 249 Anm. 6; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 17, S. 83; Esser, Lehrb., § 50, 7, S. 180; Larenz, SchR I, § 14 IV 2, S. 176, und Rechtsprechung RGZ 90, 240 (246); 115, 419(425); 170, 246(249); BGHZ 15, 224(228); 25, 250(259) - BGH NJW 57, 1838; BGH Betrieb 59, 1083; BGH NJW 63, 2073 ff, zur Zulassung der sog. Schadensliquidation im Drittinteresse geführt, ohne daß dafür eine ausdrückliche Grundlage im Gesetz vorhanden war. Danach kann der mittelbare Stellvertreter, der einen Vertrag geschlossen hat, im Falle der Vertragsverletzung auch Ersatz des seinem Geschäftsherrn erwachsenen Schadens verlangen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht kein Schadensersatzanspruch; der Beauftragte hätte einen Ersatzanspruch gegen seinen Vertragspartner, aber er hat keinen Schaden, da er seinem Auftraggeber in den meisten Fällen nicht ersatzpflichtig ist, und dieser ist geschädigt, hat aber keinen Ersatzanspruch gegen den Vertragspartner seines Beauftragten, weil er zu diesem in keinem rechtlichen Verhältnis steht.

§ 5 Lösungsversuche

Bei der Überlegung, wie den Interessen des Geschäftsherrn an der Ausübung der Gestaltungsrechte Rechnung getragen werden kann, bieten sich mehrere Ansatzpunkte.

Das bisherige Ergebnis hat zwei Ursachen: der erste Grund liegt in dem das Vertretungsrecht des BGB beherrschenden Offenkundigkeitsprinzip der §§ 164 ff BGB und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Verträge, die der Auftraggeber im eigenen Namen schließt, der zweite in der nicht selbständigen Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte. Nur durch das Zusammenwirken dieser beiden Ursachen entsteht diese für den Geschäftsherrn ungünstige Position. Entsprechend könnte einmal ausnahmsweise auf die Offenkundigkeit der Vertretung verzichtet, zum anderen die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte in irgendeiner Form zugelassen werden. Daneben kommt noch als dritte Möglichkeit in Betracht, dem Geschäftsherrn aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis einen Anspruch auf Ausübung der Gestaltungsrechte zu geben.

1. Entstehen der Gestaltungsrechte in der Person des Geschäftsherrn¹

Zunächst liegt es nahe, den Geschäftsherrn in dieser besonderen Situation unmittelbar Vertragspartner des von seinem Beauftragten im eigenen Namen abgeschlossenen Vertrages und damit auch Inhaber der darauf bezogenen Gestaltungsrechte werden zu lassen.

Der Geschäftsherr könnte über die Grundsätze "des Geschäfts: wen es angeht", das im Sachenrecht bei der Frage des Eigentumserwerbs durch mittelbaren Stellvertreter anerkannt ist², Vertragspartei werden. Eine

1 Das ist kein Lösungsversuch im Sinne des Themas, da die Frage der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte sich nicht stellt, aber diese Möglichkeit soll zum Zwecke einer vollständigen Darstellung aller denkbaren Lösungen mitbehandelt werden.

2 RGZ 100, 112; 191 ff; OLG Celle NJW 55, 671 mit zust. Anm. von Reinecke; Staudinger-Berg, § 929 Rdziff. 23; RGRK-Johannsen, § 929 Anm. 35; Soergel-Siebert-Oechßler, § 929 Anm. 10; Erman-Westermann, § 929 Bem. 17; Palandt-Degenhardt, § 929 Anm. 5 a bb; Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 179 III 3 e; Westermann, Lehrb., § 42 IV 3 b; Baur, Lehrb., § 51 VII 3; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 118 ff; v. Lübtow, ZHR 112, 227 ff; Müller-Freienfels, Vertretung S. 21 ff;
aA. Wolff-Raiser, Lehrb., § 66 I 1 b.

"Einigung, wen es angeht" mit der Wirkung, daß nicht der unmittelbar im eigenen Namen Handelnde, sondern ein Dritter das Eigentum erwirbt, wird dann angenommen, wenn der unmittelbar Handelnde für den Dritten erwerben will, und wenn es dem Veräußerer gleichgültig sein kann, ob der Handelnde oder der Dritte das Eigentum erwirbt.

Ob ein solches "Geschäft, wen es angeht" auch bei schuldrechtlichen Verträgen angenommen werden kann, ist streitig.

Das Reichsgericht¹ hat die Möglichkeit eines "schuldrechtlichen Geschäfts, wen es angeht" mit dem Hinweis auf den persönlichen Charakter des Schuldverhältnisses verneint. An dieser Ansicht hält Westermann² fest; ein "Geschäft, wen es angeht" könne nur bei dinglichen Geschäften anerkannt werden. Bei den Verfügungsgeschäften erzwingt das Interesse des Veräußerers die Offenlegung nicht, da die Eigentumsübertragung für ihn nur den Zweck habe, seine Verpflichtung aus dem Grundgeschäft zu erfüllen. Diese erlösche, wenn derjenige Eigentümer werde, den der Vertragspartner des Veräußerers bestimme. Bei obligatorischen Geschäften könne wegen der persönlichen Beziehungen und Verpflichtungen von einem Handeln in fremdem Namen, das §§ 164 ff BGB im Interesse des Dritten verlange, nicht abgesehen werden.

Die h. M. wendet dagegen die Rechtsfigur des "Geschäfts, wen es angeht" auch im Schuldrecht an, wenn das Schutzbedürfnis des Dritten, dem das Offenkundigkeitsprinzip zu dienen bestimmt ist, nicht verletzt wird. Das ist der Fall, wenn den persönlichen Beziehungen der Beteiligten keine wesentliche Bedeutung zukommt³.

Grundsätzlich muß der Dritte erkennen können, mit wem er den Vertrag abschließt, damit er sich entsprechend einrichten kann, da die Person des Vertragspartners regelmäßig von erheblicher Bedeutung ist. Etwas

1 RGZ 100, 191.

2 Lehrb., aaO.

3 Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 179 III 4, S. 1102; Lehmann, Lehrb., § 36 IV 2 c, S. 309; Lange, Lehrb., § 46 IV 3 c, S. 293; Soergel-Siebert-v. Lasaulx, vor § 164 Anm. 29 ff; Staudinger-Coing, vor § 164 Rdziff. 49; Palandt-Danckelmann, § 164 Anm. 1; Palandt-Degenhart, § 929 Anm. 5 a bb; Erman-Böhle-Stamschräder, § 164 Bem. 13; v. Lübtow, ZHR 112, 240; vgl. auch BGH in NJW 55, 590.

anderes ergibt sich ausnahmsweise bei Bargeschäften des täglichen Lebens. Dabei braucht der Dritte keinen Wert darauf zu legen, mit wem der Vertrag zustande kommt. Diese Verträge werden durch Austausch der beiderseitigen Leistungen sofort erfüllt und die Persönlichkeit und der Name des Vertragspartners sind nach der Interessenlage - wenn nicht besondere Umstände vorliegen - gleichgültig. In diesen Fällen bestehen keine Bedenken, den Geschäftsherrn unmittelbar Vertragspartner des Dritten werden zu lassen¹.

Aus der Stellung als Vertragspartei folgt dann, daß der Geschäftsherr auch Inhaber der Gestaltungsrechte wird, und es stellt sich die weitere Frage, ob dieses "geheime" Entstehen der Gestaltungsrechte in der Hand des Geschäftsherrn mit dem Schutzbedürfnis des Dritten vereinbar ist. Die beiderseitigen Verpflichtungen sind in diesem Fall mit dem Austausch der Leistungen nicht abgeschlossen. Durch die Ausübung der Gestaltungsrechte werden die vertraglichen Leistungen nachträglich geändert (z. B. bei der Minderung) oder es entstehen vertragliche bzw. gesetzliche Rückgabeverpflichtungen (z. B. beim Wandlungs- und Rücktrittsrecht bzw. beim Anfechtungsrecht).

Aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich aber für die Position des Dritten bei Bargeschäften des täglichen Lebens keine wesentlich andere Beurteilung. Wenn ein Gestaltungsrecht entstanden ist - gleichgültig, ob in der Person des unmittelbar Handelnden oder des Vertretenen - muß der Dritte mit seiner Geltendmachung rechnen. Dabei ist es für ihn wirtschaftlich ohne Bedeutung, wer Inhaber des Gestaltungsrechts ist. Es besteht nicht die Gefahr, daß der Dritte die empfangene Leistung zurückgeben muß und er seinerseits einen leistungsunfähigen Schuldner hat, da die beiderseitigen Leistungen nur Zug um Zug zurückzugeben sind (§§ 346, 273 BGB). Er kann seine Leistung solange verweigern, bis die Gegenleistung erbracht bzw. angeboten wird, so daß ihm die Person seines Partners auch insoweit gleichgültig sein kann. Das Entstehen der Gestaltungsrechte in der Person des Geschäftsherrn bringt für den Dritten also kein zusätzliches Risiko.

¹ Das Schweizer Obligationsrecht hat eine entsprechende gesetzliche Regelung getroffen, Art. 32 II: "...der Vertretene wird berechtigt und verpflichtet, wenn der Vertragspartner aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schließen mußte, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließt."

Damit bietet die Rechtsfigur des "Geschäfts, wen es angeht" zunächst einmal hinsichtlich der kleineren Geschäfte des täglichen Lebens eine Lösungsmöglichkeit des aufgeworfenen Problems. Die Berechtigungen und Verpflichtungen aus dem Vertrag entstehen unmittelbar in der Person des Geschäftsherrn, er wird Vertragspartner. Die Frage der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte entfällt, da der Geschäftsherr "unmittelbar" Inhaber der Gestaltungsrechte wird.

Eine erweiternde Anwendung des "Geschäfts, wen es angeht" auf alle Fälle, in denen der Geschäftsherr ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Stellung als Vertragspartei hat, ist nicht möglich. Eine solche Regelung ist mit den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen der §§ 164 ff BGB nicht vereinbar.

Das schuldrechtliche "Geschäft, wen es angeht" muß eine Ausnahme bleiben; das entscheidende Kriterium für seine Anwendung besteht darin, daß es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag abschließt. Darüber hinaus ist diese Rechtsfigur nicht anwendbar.

Damit ist auf diesem Wege keine grundsätzliche Lösung des Problems, wie der Geschäftsherr Inhaber der Gestaltungsrechte werden kann, zu erreichen¹. Dem Offenkundigkeitsprinzip können nicht die wirtschaftlichen Interessen des Geschäftsherrn übergeordnet werden. Der Beauftragte, der im eigenen Namen handelt, wird grundsätzlich auch Vertragspartei des Ausführungsgeschäftes und damit auch Inhaber der dabei entstehenden Gestaltungsrechte.

¹ Auch die Ansicht von Westermann (Lehrb., § 42 IV 3 e), daß die Rechte aus dem Vertrag, praktisch vor allem die Gewährleistungsansprüche, mit dem Eigentum an den mittelbar Vertretenen gehen, soweit die Interessen des Vertragspartners nicht verletzt werden, führt zu keiner weitergehenden Lösung des Problems. Er setzt sich im Interesse eines wirtschaftlich tragbaren Ergebnisses darüber hinweg, daß die Gewährleistungsrechte nicht selbständig übertragbar sind, grenzt aber - wie sich aus dem weiteren Zusammenhang ergibt - bei der Feststellung, wann die Interessen des Vertragspartners durch den Übergang der Rechte nicht verletzt werden, nach den gleichen Gesichtspunkten ab, die die Anwendung des "Geschäfts, wen es angeht" auf Bargeschäfte des täglichen Lebens beschränken.

2. Eintritt des Geschäftsherrn in die Vertragsstellung des Beauftragten

Nach der Feststellung, daß die Gestaltungsrechte mit dem Rechtsverhältnis übertragen werden können¹, bietet sich als weitere Lösungsmöglichkeit die Vertragsübernahme an. Der Geschäftsherr könnte in die Vertragsposition des Beauftragten eintreten und damit auch die Gestaltungsrechte erwerben.

Da die Vertragsübernahme Forderungsabtretung und Schuldübernahme umfaßt, müssen die Vorschriften für beide Rechtsinstitute darauf entsprechend angewendet werden. Da der Zessionar Schuldverpflichtungen übernimmt, und der Zedent und der andere Vertragspartner über ihre Rechte verfügen, ist zur Wirksamkeit der Vertragsübernahme ein rechtsgeschäftliches Mitwirken aller drei Beteiligten erforderlich². Es ist kein dreiseitiger Vertrag notwendig, sondern es genügt, wenn der verbleibende Vertragsteil der Übernahmevereinbarung zwischen dem ausscheidenden Vertragsteil und dem Übernehmer zustimmt.

Es wird in vielen Fällen nicht dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, die Stellung seines Beauftragten im ganzen Vertragsverhältnis zu übernehmen, zumal dann nicht, wenn er dadurch über den Inhalt seines Auftrags hinausgehende Verpflichtungen übernehmen muß. Darauf kann aber keine Rücksicht genommen werden. Wenn der Geschäftsherr Inhaber der Gestaltungsrechte werden will, um auf das Vertragsverhältnis gestaltend einwirken zu können, muß er diesen Nachteil in Kauf nehmen.

Die Vertragsübernahme wird aber aus einem anderen Grund nur in seltenen Fällen zustande kommen. Der verbleibende Vertragsteil wird der Vertragsübernahme durch den Geschäftsherrn mit der Befreiung des ursprünglichen Vertragspartners von seinen Verpflichtungen nicht oder doch nur unter ganz besonderen Umständen zustimmen. Zunächst will er sich bei der Erfüllung und besonders bei der eventuellen Rückabwicklung des Vertrages an den halten können, mit dem er den Vertrag abgeschlossen hat und über dessen wirtschaftliche Verhältnisse er sich vor Vertragschluß informiert hat. Er wird seinen Vertragspartner nur dann aus der

¹ siehe oben S. 33 f.

² Larenz, SchR I, § 31 III, S. 371; Molitor, Lehrb., S. 165; RGRK-Löschner, Anm. 6 vor § 398; Palandt-Danckelmann, § 398 Anm 4.

Haftung entlassen, wenn der Übernehmer eine zumindest gleichwertige Haftungsmasse bietet und persönliche Beziehungen keine Rolle spielen. Darüber hinaus wird er seine Zustimmung zur Vertragsübernahme dann verweigern, wenn er feststellt oder auch nur vermutet, daß der Geschäftsherr zu dem Zweck in den Vertrag eintreten will, um Inhaber der Gestaltungsrechte zu werden und auf diese Weise die Möglichkeit zu erhalten, den für ihn (den anderen Vertragspartner) günstigen Vertrag zu beseitigen oder zumindest zu seinen (des Geschäftsherrn) Gunsten abzuändern.

Aus diesem Grunde wird es nur in wenigen Fällen dieser Art zu einer wirksamen Vertragsübernahme kommen, so daß auf diesem Wege eine Lösung des Problems, wie den Interessen des Geschäftsherrn an der Ausübung der Gestaltungsrechte Rechnung getragen werden kann, in der Praxis nur selten möglich ist.

Wenn die Vertragsübernahme am Widerspruch des anderen Vertragspartners scheitert, so bleibt die Möglichkeit des Vertragsbeitritts. Es entspricht in aller Regel dem Willen des Zessionärs und den Zedenten, die fehlgeschlagene Vertragsübernahme als Beitritt zum Verträge aufrecht zu erhalten¹. Dabei verbindet sich mit dem Übergang der Rechte aus dem Vertrag nicht eine befreiende Übernahme der vertraglichen Schuldverpflichtungen, sondern nur eine Schuldmitübernahme. Der Beitretende wird Inhaber der Rechte und Gesamtschuldner der sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Verpflichtungen. Da der andere Vertragspartner als Gläubiger dieser Schuldverpflichtungen keinen Schuldner verliert, sondern nur einen zusätzlichen gewinnt, bedarf es nach h. M. seiner Zustimmung zum Vertragsbeitritt nicht².

1 Vgl. RGRK-Löscher, Anm. 6 vor § 398; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 87 II, S. 351.

2 Esser, Lehrb., § 95, 5, S. 435; § 25, 2 S. 79; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 87 II, S. 351; Blomeyer, Lehrb., S. 291; RGRK-Löscher, Anm. 6 vor § 398.

Stellt man sich auf den Standpunkt, daß der Gläubiger den Beitritt eines weiteren Schuldners nach § 333 BGB zurückweisen kann, so ist schon aus diesem Grunde auf dem Wege über den Vertragsbeitritt keine weitergehende praktische Lösung des Problems zu erreichen als bei der Vertragsübernahme, da der andere Vertragspartner dann aus den bei der Vertragsübernahme erörterten Gründen (s. oben S. 47) den Vertragsbeitritt des Geschäftsherrn durch seinen Widerspruch verhindern wird.

Hier könnte sich eine Möglichkeit zur Lösung des Problems ergeben. Voraussetzung dazu ist aber, daß auch bei einem solchen Vertragsbeitritt die Gestaltungsrechte auf den Beitretenden übergehen können.

Lehmann¹ bejaht diese Frage. Nach seiner Ansicht gehen die Gestaltungsrechte auf den Beitretenden über, "der dadurch die Macht erhält, auch die Rechtslage des Zedenten, der Urschuldner bleibt, zu beeinflussen". Er stützt sich dabei auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 55, S. 402 ff, die aber zu dieser Frage speziell keine Stellung nimmt, bzw. sie nur in einem Nebensatz behandelt. Zur Begründung seiner Ansicht führt er an: der Übergang rechtfertige sich auch beim Vertragsbeitritt aus der Verschaffung einer Stellung, die die Rechte und Pflichtenseite im gleichen Umfang wie bei der Vertragsübernahme vereine. Entsprechend des auf die Vertragsübernahme gerichteten Willens des ursprünglichen Vertragspartners müsse dieser die fraglichen Gestaltungsrechte verlieren.

Esser² vertritt dagegen die Ansicht, daß der Übergang der Gestaltungsrechte auf den Beitretenden nicht zu rechtfertigen sei, wenn mangels Zustimmung des Vertragsgegners keine Vertragsnachfolge, sondern nur ein Vertragsbeitritt zustande kommt³. Der Beitretende könne ansonsten nicht nur dem Urschuldner vorgreifen, sondern auch die Rechtsstellung des Gläubigers zu diesem mitbestimmen, was gerade ohne dessen Einwilligung unmöglich sein solle. Voller Vertragsbeitritt in diesem Sinne müsse ebenfalls die Zustimmung des Gläubigers nach § 415 BGB voraussetzen. Anderenfalls bleibe es bei bloßer Schuldmitübernahme hinsichtlich der Einzelverbindlichkeiten. Der Beitretende werde Gesamtschuldner, dessen Gestaltungsakte nach dem Gesetz auf das Schuldverhältnis nur Einfluß hätten, soweit es sich um Erfüllungsakte handele.

Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Das schutzwürdige Interesse des anderen Vertragsteils verbietet die Übertragung der Gestaltungsrechte beim Vertragsbeitritt nach einer fehlgeschlagenen Vertragsübernahme. Im Vertragsrecht kommt den persönlichen Beziehungen der Parteien wesentliche Bedeutung zu. Daher darf nur derjenige über den

1 Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 87 II, S. 352.

2 Lehrb., § 95, 5, S. 435; § 25, 5, S. 79 f.

3 Ebenso Blomeyer, Lehrb., S. 291;

Diss. Quecke, S. 39.

Bestand oder die Änderung des Vertragsverhältnisses entscheiden können, der im Einverständnis mit allen Vertragspartnern daran teilnimmt. Der Beitretende, der sich gegen den Willen des anderen Vertragspartners in diese Stellung zu dem Vertragsverhältnis bringt, muß zu dem ganzen Vertrag, auf den sich die Gestaltungsrechte beziehen, mit Rücksicht auf die entgegenstehenden Interessen des anderen Vertragspartners "Außenseiter" bleiben. Auf ihn können die Gestaltungsrechte nicht übertragen werden.

Die weitere Frage, ob bei einem Vertragsbeitritt, zu dem der andere Vertragspartner seine Zustimmung gegeben hat, die Gestaltungsrechte auf den Beitretenden übertragen werden können, dürfte zu bejahen sein. Der Schutzgedanke zugunsten des anderen Vertragspartners entfällt in diesem Fall; und nach dem Willen des ursprünglichen Alleinschuldners soll der Beitretende zumindest gleichmäßig alle Verpflichtungen mittragen, wenn er nicht der Erstverpflichtete sein soll. Diese Frage braucht aber nicht eingehend untersucht zu werden, da aus den oben erörterten Gründen ¹ der andere Vertragspartner auch mit dem Vertragsbeitritt des Geschäftsherrn in der Regel nicht einverstanden sein wird ², so daß man auf diese Weise einer praktischen Lösung nicht näherkommt.

Somit ist durch Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt ein umfassender Interessenausgleich nicht zu erreichen.

¹ siehe oben S. 47 f.

² Die Argumentation von Lehmann (Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 87 II, S. 352), man dürfe die Weigerung des Vertragsgegners, den Urschuldner freizugeben, immerhin als Zustimmung zum Vertragsbeitritt auffassen, überzeugt nicht. Es handelt sich dabei um eine "sehr weitgehende Vermutung" (Esser, Lehrb., § 25, 5, S. 79), für die keine hinreichenden Anhaltspunkte vorliegen. Der Vertragspartner wird zwar in der Regel damit einverstanden sein, wenn er einen weiteren Schuldner bekommt, ebenso wird er aber auch jede fremde Einflußmöglichkeit auf das Vertragsverhältnis ablehnen. So wird er in den hier untersuchten Fallgestaltungen auch dem Vertragsbeitritt des Geschäftsherrn widersprechen, da dieser darauf gerichtet ist, auf das bestehende Vertragsverhältnis durch Ausübung der Gestaltungsrechte verändernd einwirken zu können.

3. Einwirkungsmöglichkeit auf die Ausübung der Gestaltungsrechte aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis

Da eine Abtretung der Gestaltungsrechte nach §§ 667 BGB nicht möglich ist, könnte der Anspruch des Geschäftsherrn einen anderen Inhalt haben; er könnte darauf gerichtet sein, daß der Geschäftsführer die Gestaltungsrechte ausübt.

Eine solche Einwirkungsmöglichkeit des Auftraggebers könnte sich aus dem der Geschäftsbesorgung zugrundeliegenden Vertragsverhältnis ergeben. Der Auftraggeber müßte dann aus dem Auftragsverhältnis oder Geschäftsbesorgungsvertrag einen durchsetzbaren Anspruch darauf haben, daß der Beauftragte die Gestaltungsrechte seinem Vertragspartner gegenüber ausübt.

Die Pflichten des Beauftragten sind in den Vorschriften der §§ 665 ff BGB, insbesondere in den §§ 666, 667 BGB, geregelt. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen läßt sich eine Verpflichtung zur Ausübung der Gestaltungsrechte nicht unmittelbar herleiten. Dieser Pflichtenkatalog enthält aber keine abschließende Aufzählung; es läßt sich daraus nicht entnehmen, daß der Beauftragte nicht noch weitere Pflichten gegenüber seinem Auftraggeber hat oder daß die normierten Pflichten nicht im Einzelfall einen anderen Inhalt haben können. Der Beauftragte ist aus dem Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis verpflichtet, nach besten Kräften die Interessen des Auftraggebers zu wahren¹. Dazu gehört, daß er von seiner Seite alles tun muß, um dem Auftraggeber alles aus der Geschäftsbesorgung Erlangte zu verschaffen. Im Normalfall genügen zur Erreichung dieses vom Gesetzgeber gewollten Zwecks die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht und die Herausgabeverpflichtung. Führen diese Verpflichtungen im Einzelfall nicht zum gewünschten Ziel, muß auf die zugrundeliegende allgemeine Verpflichtung zurückgegriffen und ein anderer Weg gesucht werden, um dem Auftraggeber alle "Früchte" der Geschäftsbesorgung zukommen zu lassen.

Bei der Eigenart der Gestaltungsrechte, die wegen ihrer Bezogenheit auf das Vertragsverhältnis im ganzen nicht "herausgegeben" werden können,

¹ Staudinger-Nipperdey, § 662 Rdziff. 30.

könnte die Verpflichtung des Beauftragten dahingehen, die Gestaltungsrechte auszuüben und die dadurch entstehenden Ansprüche an den Geschäftsherrn abzutreten.

Eine solche Verpflichtung kann bei dem besonderen Charakter der Gestaltungsrechte in ihren Auswirkungen der Herausgabeverpflichtung des § 667 BGB sehr nahe kommen. Die Gestaltungsrechte gewähren allein durch ihr Bestehen keine gegenwärtige Herrschaftsmacht und keinen konkreten Anspruch, sondern sie geben ihrem Inhaber die Möglichkeit, durch ihre Ausübung einen Rechtszustand zu verändern, d.h. bestehende Rechte und Ansprüche zum Erlöschen und neue zur Entstehung zu bringen¹. Den Gestaltungsrechten wesentlich ist also ihre Ausübung, darin erschöpft sich auch ihr Inhalt, denn mit der Ausübung erlöschen sie. Wenn der Beauftragte daher die Gestaltungsrechte ausübt, wird der Anspruch des Auftraggebers auf Abtretung dieser Rechte - falls er durchsetzbar wäre - gegenstandslos. Als "Ersatz" stehen dem Geschäftsherrn die durch die Ausübung entstehenden Ansprüche gegen den anderen Vertragspartner zu. Der Beauftragte hat diese Ansprüche zwar nicht unmittelbar aus der Durchführung des Auftrags erlangt, sondern erst aus der Rückabwicklung, aber sie sind das wirtschaftliche Äquivalent für die Sachen und Ansprüche, die der Beauftragte sonst nach Ausführung des Auftrags gemäß § 667 BGB hätte herausgeben müssen.

Die Ausübung der Gestaltungsrechte durch den Beauftragten bei gleichzeitiger Abtretung der entstehenden Ansprüche gegen die Übernahme der Schuldverpflichtungen hat für den Auftraggeber in seinen tatsächlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen den gleichen Erfolg wie eine Übertragung der Gestaltungsrechte auf ihn und deren Selbstausübung. In beiden Fällen wird er von den wirtschaftlichen Folgen des Vertrages, den sein Beauftragter für seine Rechnung abgeschlossen hat, befreit. Durch die Ausübung der Gestaltungsrechte kommt, soweit der Vertrag noch nicht erfüllt ist, die Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers und damit sein Ersatzanspruch gegen den Auftraggeber nach § 670 BGB in Fortfall. Wenn der Beauftragte den Vertrag schon erfüllt hat, entstehen Rückforderungsansprüche des Beauftragten, die dieser an den Geschäftsherrn abtreten muß, soweit er nicht mit seinem Aufwendungsersatzanspruch auf-

¹ siehe oben S. 9.

rechnen kann. Dadurch entfällt dann die Ersatzpflicht des Auftraggebers.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß der Beauftragte durch die Ausübung der Gestaltungsrechte seiner Verpflichtung, alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, Genüge tun kann. Durch Abtretung der durch die Ausübung der Gestaltungsrechte entstandenen Rechte und Forderungen erfüllt er dann seine Verpflichtungen aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis in vollem Umfang.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Beauftragte zur Ausübung verpflichtet ist. Die weitere Frage ist, ob der Auftraggeber aus dem Auftragsverhältnis unmittelbar oder in entsprechender Anwendung des § 667 BGB einen Anspruch hat, daß der Beauftragte die Gestaltungsrechte ausübt.

Der Auftraggeber hat an einem solchen Anspruch auf Ausübung ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, da der Vertrag für seine Rechnung abgeschlossen wurde und ihn die wirtschaftlichen Folgen des Vertrages treffen. Durch einen Anspruch auf Ausübung könnte er das erreichen, was ihm durch die Unübertragbarkeit der Gestaltungsrechte verwehrt ist; er könnte auf die Ausübung der Gestaltungsrechte Einfluß nehmen. Durch Geltendmachung dieses Anspruchs könnte er über ihre Ausübung entscheiden. Mit der Rechtskraft des Urteils gegen den Beauftragten auf Abgabe einer bestimmten Gestaltungserklärung gilt diese Erklärung nach § 894 ZPO als abgegeben. Diese Vorschrift gilt auch für Erklärungen, die einem Dritten, hier dem Vertragspartner des Beauftragten gegenüber abzugeben sind. Es ist dann noch die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils an den Dritten erforderlich¹.

Mit dem wirtschaftlichen Interesse des Geschäftsherrn allein läßt sich der Anspruch auf Ausübung nicht begründen. Eine erzwingbare Verpflichtung zur Ausübung ist nur zu bejahen, wenn eine solche Verpflichtung auch mit den Interessen des Beauftragten und denen seines Vertragspartners vereinbar ist, in dessen Rechtssphäre ebenfalls eingegriffen wird.

¹ Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 894 I 2 u. II; Baumbach-Lauterbach, § 894 Bem. 1 A; Zöllner, § 894 Bem. 1.

Gegen die Zulassung des Anspruchs auf Ausübung der Gestaltungsrechte können sich Bedenken ergeben, weil dadurch ein an dem Vertragsverhältnis unbeteiligter Dritter auf das Bestehen des Vertrages einwirken könnte. Grundsätzlich widerspricht jede fremde Einflußnahme dem Interesse des Vertragspartners. Darauf kann aber in diesem Fall keine Rücksicht genommen werden. Ein schutzwürdiges Interesse ist nur insoweit zu bejahen, wie es um den unmittelbaren Eingriff eines Dritten in das Vertragsverhältnis geht; es erstreckt sich nicht darauf, daß auch keine mittelbare Einflußnahme durch Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit der anderen Vertragspartei erfolgt. So ist eine vertragliche Verpflichtung dahin, einen anderen Vertrag aufzulösen, durchaus möglich und durchsetzbar. In gleicher Weise würde der Geschäftsherr nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Ausübung der Gestaltungsrechte gegen seinen Beauftragten geltend machen, ohne selbst unmittelbar in den Vertrag zwischen seinem Beauftragten und dessen Vertragspartner einzugreifen.

Auch aus dem Wesen der Gestaltungsrechte und ihrer Unübertragbarkeit ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zulassung eines schuldrechtlichen Anspruchs des Geschäftsherrn auf Ausübung gegen seinen Geschäftsführer. Ein solcher Anspruch läßt die Gestaltungsrechte unberührt, ihre Zuordnung auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Beauftragten und seinem Partner wird nicht geändert, und nur der an dem Vertragsverhältnis Beteiligte übt sie aus. Der Anspruch gibt dem Geschäftsherrn nur die Macht, auf die Willensfreiheit des ausübungsberechtigten Geschäftsführers einzuwirken.

Letztlich müßte die Verpflichtung zur Ausübung der Gestaltungsrechte auch mit den Interessen des Beauftragten vereinbar sein. Hier ergeben sich Bedenken. Die Verpflichtung zur Ausübung der Gestaltungsrechte und die Rechenschafts- und Herausgabeverpflichtung unterscheiden sich aus der Sicht des Beauftragten wesentlich voneinander. Die Ausübungsverpflichtung hat für den Beauftragten erheblich andere Konsequenzen als die Herausgabepflicht. Diese bezieht sich nur auf das, was der Beauftragte durch die Ausführung der Geschäftsbesorgung von seinem Vertragspartner tatsächlich erlangt hat. Er gibt das heraus, was er mit Mitteln des Auftraggebers erworben hat und um was er wirtschaftlich bereichert ist. Mit Rechnungslegung und Herausgabe der erlangten Sachen und Abtretung

der erworbenen Ansprüche wird das Geschäftsbesorgungsverhältnis abgewickelt. Der Beauftragte erfüllt damit seine Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber endgültig.

Eine Verpflichtung zur Ausübung der Gestaltungsrechte hat dagegen zum Inhalt, daß der Beauftragte weiterhin tätig wird und auf das Vertragsverhältnis mit seinem Vertragspartner verändernd einwirkt, wodurch neue Beziehungen und Verpflichtungen zwischen dem Auftragnehmer und seinem Vertragspartner geschaffen werden. Der Geschäftsführer wird also durch die Ausübung der Gestaltungsrechte nicht endgültig von seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Geschäftsherrn befreit, sondern es kommen dadurch neue Ansprüche und Verbindlichkeiten zwischen dem Beauftragten und seinem Vertragspartner zur Entstehung.

Die Verpflichtung zur Ausübung der Gestaltungsrechte würde damit den Pflichtenkreis des Beauftragten gegenüber seinem Auftraggeber über den Rahmen seiner typischen normierten Pflichten hinaus erweitern. Es stellt sich die Frage, ob eine so weitgehende Verpflichtung noch aus dem zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsverhältnis entnommen werden kann.

Ausgehend davon, daß der Beauftragte schlechthin zur Interessenwahrung verpflichtet ist, dem die Freistellungsverpflichtung des Geschäftsherrn gegenübersteht, könnte diese Frage ohne weiteres zu bejahen sein. Dabei bleibt aber unberücksichtigt, daß in vielen Fällen es nicht mit der Erklärung des Beauftragten getan ist, er übe das Gestaltungsrecht aus. Bestreitet sein Vertragspartner das Bestehen des Gestaltungsrechts oder beruft er sich darauf, daß die Ausübungserklärung verspätet erfolgt sei¹, muß der Auftragnehmer im eigenen Namen klagen. Weiterhin kann sein Vertragspartner ihn auf Feststellung verklagen, daß das Vertragsverhältnis unverändert weiterbesteht. In beiden Fällen trägt der Beauftragte das Prozeßrisiko zunächst einmal selbst. Zwar kann er von seinem Auftraggeber Aufwendungsersatz oder Freistellung von seinen Verbindlichkeiten

¹ vgl. z. B. §§ 121, 124 BGB (siehe oben S. 11).

verlangen, aber er muß den u. U. langwierigen Prozeß selbst führen¹, an dem er kein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Für die damit verbundenen Schwierigkeiten und persönlichen Unannehmlichkeiten kann der Geschäftsherr ihm letztlich keinen vollwertigen Ersatz leisten.

Aus dieser Überlegung ergibt sich, daß die grundsätzliche Verpflichtung des Beauftragten, alles zu tun, um die Interessen des Geschäftsherrn zu befriedigen und ihm alles aus der Geschäftsbesorgung Erlangte zu verschaffen, nicht ohne Einschränkung gelten kann. Der Beauftragte kann nur insoweit in Anspruch genommen werden, wie berechtigte Interessen seinerseits nicht entgegenstehen und ihm ein Tätigwerden über die im Gesetz normierten Pflichten hinaus nach dem Inhalt des Geschäftsbesorgungsverhältnisses zugemutet werden kann.

Die Frage, ob der Geschäftsführer zur Ausübung der Gestaltungsrechte verpflichtet ist, läßt sich nicht generell entscheiden, das ist in jedem einzelnen Fall im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände festzustellen.

1 Eine ähnliche Situation entsteht auch bei der fehlgeschlagenen Vertragsübernahme. Dabei muß der ursprüngliche Vertragspartner die Gestaltungsrechte ebenfalls ausüben und den Prozeß über die Wirksamkeit der Gestaltungserklärung selbst führen. Aber in diesem Fall hat der ursprüngliche Vertragspartner noch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Beseitigung des Vertrages, auch wenn der Übernehmer im Innenverhältnis verpflichtet ist, ihn von seinen Verbindlichkeiten freizustellen. Das eigene Interesse besteht einmal darin, daß er selbst von seinen Verpflichtungen gegenüber seinem Vertragspartner frei wird. Zum anderen kann der Übernehmer die Freistellung verweigern, wenn er die Gestaltungsrechte nicht ausübt, da ihre Geltendmachung zu den Obliegenheiten aus der fehlgeschlagenen Vertragsübernahme gehört. Der ursprüngliche Vertragspartner ist verpflichtet, alles zu tun, um den Zweck, der mit der Vertragsübernahme erreicht werden sollte, soweit wie möglich herbeizuführen.

Der Beauftragte dagegen hat den Ersatz- bzw. Freistellungsanspruch gegen den Geschäftsherrn aus § 670 BGB, dessen Erfüllung der Auftraggeber nicht verweigern kann, wenn eine Verpflichtung zur Ausübung der Gestaltungsrechte nicht besteht. Auch wenn eine Vertragsübernahme zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber versucht worden ist, besteht dieser Anspruch weiterhin neben dem Freistellungsanspruch aus der fehlgeschlagenen Vertragsübernahme. Nur gegenüber letzterem hat der Geschäftsherr ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Beauftragte hat kein eigenes Interesse an der Aufhebung des Vertrages mit dem Dritten.

Eine Verpflichtung zur Geltendmachung der Gestaltungsrechte ist anzunehmen, wenn der Geschäftsführer bei Übernahme des Auftrags erkannt hat oder zumindest erkennen konnte, daß im Rahmen des Ausführungsgeschäfts Gestaltungsrechte entstehen und gegebenenfalls auch geltend gemacht werden sollten. Das gilt zunächst für die Gestaltungsrechte, die in einer vertraglichen Absprache begründet sind¹, wie z.B. das vereinbarte Rücktrittsrecht. Wenn der Beauftragte sich bei Abschluß des Vertrages weisungsgemäß den Rücktritt vorbehält, so muß er auch auf Verlangen seines Geschäftsherrn den Rücktritt seinem Vertragspartner gegenüber erklären. Bei diesen Gestaltungsrechten kann der Geschäftsführer vorhersehen, daß der abzuschließende Vertrag eventuell nachträglich rückabgewickelt werden soll, und er kann von vornherein die mit der Geltendmachung des Rücktritts verbundenen Schwierigkeiten einkalkulieren und die Ausführung der Geschäftsbesorgung gegebenenfalls ablehnen.

Darüber hinaus ist der Beauftragte selbstverständlich zur Ausübung aller Gestaltungsrechte verpflichtet, wenn bei Übernahme der Geschäftsbesorgung eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden ist. Eine ausdrückliche Vereinbarung, nach der der Geschäftsführer zur Geltendmachung eventueller Gestaltungsrechte verpflichtet sein soll, wird aber in der Praxis selten vorkommen, da mit der Möglichkeit der Beseitigung oder Änderung des Ausführungsgeschäftes über die vertraglich vereinbarten Gestaltungsrechte hinaus im Regelfall nicht gerechnet wird. Eine entsprechende stillschweigende Vereinbarung kann wegen ihrer Tragweite nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden.

Weitere Anhaltspunkte, wann und unter welchen Voraussetzungen dem Beauftragten über diese Fälle hinaus die Ausübung der Gestaltungsrechte zumutbar ist, ergeben sich aus der Art des zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsverhältnisses. Von dem Geschäftsführer, der sich für seine Tätigkeit bezahlen läßt, kann die Geltendmachung der Gestaltungsrechte eher verlangt werden als von dem unentgeltlichen Geschäftsbesorger.

¹ Im Gegensatz dazu die Gestaltungsrechte, die bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen kraft Gesetzes entstehen, wie das Anfechtungsrecht, Wandlungs- und gesetzliches Rücktrittsrecht.

Das Interesse des Geschäftsführers, der den Auftrag gegen Bezahlung übernommen hat, ist in erster Linie darauf gerichtet, für seine Arbeit die vereinbarte Vergütung zu bekommen. Wenn nun mit der Ausübung der Gestaltungsrechte und der Rückabwicklung des Ausführungsgeschäftes zusätzliche Verpflichtungen und Schwierigkeiten verbunden sind, können diese durch eine entsprechende Vergütung ausgeglichen werden. Damit ist den Interessen des Geschäftsführers in aller Regel hinreichend Rechnung getragen. Daher ist in diesen Fällen eine Verpflichtung zur Geltendmachung der Gestaltungsrechte im Interesse des Geschäftsherrn zu bejahen.

Der Geschäftsführer kann allerdings die Ausübung der Gestaltungsrechte solange ablehnen, bis der Geschäftsherr ihn von allen durch ihre Geltendmachung entstehenden Verbindlichkeiten gegenüber seinem Vertragspartner und den weiteren Unkosten freistellt und ihm entsprechende Sicherheiten gibt. Dabei handelt es sich aber nur um ein zeitweiliges Verweigerungsrecht.

Bei der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung ist die Interessenlage anders zu bewerten. Der Geschäftsführer hat den Auftrag in den meisten Fällen aus Gefälligkeit übernommen, ohne daraus einen eigenen unmittelbaren Vorteil zu haben. Aus diesem Grunde müssen seine Verbindlichkeiten dem Geschäftsherrn gegenüber auf die Pflichten beschränkt bleiben, die er bei der Übernahme des Auftrags vorhersehen konnte. Weiter will er sich auch nicht verpflichten. Ihm kann - wenn keine besonderen Umstände vorliegen - eine weitere Tätigkeit, die über die Ausführung des Auftrags hinausgeht, nicht zugemutet werden. Wenn er das Ausführungsgeschäft sorgfältig und sachgemäß vorgenommen hat, kann von ihm nur noch verlangt werden, daß er dem Auftraggeber die Früchte der Geschäftsbesorgung zuwendet. Eine Verpflichtung zur Ausübung der Gestaltungsrechte geht über diesen Rahmen hinaus. Von dem unentgeltlichen Geschäftsbesorger kann daher die Rückabwicklung des auftragsgemäß abgeschlossenen Vertrages regelmäßig nicht verlangt werden. Eine solche Verpflichtung ist mit seinem Interesse nicht zu vereinbaren und wird auch vom Inhalt

des Auftrags nicht mehr gedeckt¹.

Daneben besteht auch nicht die Möglichkeit, den unentgeltlich tätigen Geschäftsführer indirekt zur Ausübung der Gestaltungsrechte zu zwingen. Der Geschäftsherr kann seinem Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB nicht entgegenhalten, der Anspruch seines Vertragspartners, der den Ersatzanspruch begründe, sei anfechtbar. Er könne diesen Anspruch durch Ausübung des Gestaltungsrechts vernichten, wodurch dann auch der Ersatzanspruch entfalle. Es handelt sich dabei trotz der engen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Geschäftsführer um eine unzulässige Einrede aus dem Rechtsverhältnis zu einem Dritten. Die Vorschrift des § 770 BGB, wonach dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger die Einrede der Anfechtbarkeit durch den Hauptschuldner zusteht, hat ihren Grund in der strengen Akzessorietät der Bürgschaft zur Hauptschuld und kann nicht entsprechend angewendet werden. Auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung greift nicht durch. Wenn der Geschäftsführer einerseits den Ersatzanspruch geltend macht, andererseits aber die Ausübung der Gestaltungsrechte ablehnt, handelt er nicht aus rücksichtslosem Eigennutz zum Schaden des Geschäftsherrn, er nimmt damit lediglich seine eigenen berechtigten Interessen wahr. Eine weitergehende Verpflichtung des unentgeltlich tätigen Beauftragten, die auch die Pflicht umfassen kann, die Gestaltungsrechte auszuüben, ist nur dann zu bejahen, wenn dieser bei Ausführung des Auftrags eine Pflichtverletzung begangen hat, indem er z. B. unberechtigt von den Weisungen des Geschäftsherrn abgewichen ist. Dabei handelt es sich nicht um eine unmittelbare Verpflichtung aus dem Auftragsverhältnis, sondern den Geschäftsführer treffen aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung zusätzliche Verpflichtungen, um dem Geschäftsherrn den durch

¹ Es mag für den Geschäftsherrn ein unbefriedigendes Ergebnis sein, daß er in den häufigen Fällen der unentgeltlichen Geschäftsbesorgungen keinen Anspruch auf Ausübung der Gestaltungsrechte hat. Eine solche Situation ist aber nicht ungewöhnlich. Auch bei der sogenannten Drittschadensliquidation hat der wirtschaftlich geschädigte Geschäftsherr nach h. M. (BGHZ 25, 250; 259 - NJW 57, 1839; Larenz, SchR I, § 14 IV 2, S. 175; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 117 I 2 b, S. 83) keinen Anspruch gegen den formell anspruchsberechtigten Geschäftsführer auf Geltendmachung seines Schadens. Er kann von ihm nur die Abtretung des Schadensersatzanspruchs verlangen.

das auftragswidrige Handeln entstandenen Schaden zu ersetzen oder diesen zu beseitigen.

Als Ergebnis ist damit festzustellen, daß der Beauftragte die Gestaltungsrechte ausüben und die damit entstehenden Ansprüche abtreten muß, wenn er die Entstehung der Gestaltungsrechte bei Übernahme des Auftrags vorhersehen konnte oder die Ausübungsverpflichtung vertraglich vereinbart worden ist. In den übrigen Fällen ist regelmäßig nur der gegen Entgelt tätige Beauftragte zur Geltendmachung der Gestaltungsrechte verpflichtet. Der unentgeltlich tätige Beauftragte kann die in dem auftragsgemäß abgeschlossenen Vertragsverhältnis mit dem Dritten bestehenden Gestaltungsrechte ausüben, der Geschäftsherr kann ihn aber in der Regel nicht dazu zwingen. Nur wenn der Geschäftsführer die Gestaltungsrechte von sich aus ausübt, kann der Geschäftsherr die Abtretung der Rückerstattungsansprüche verlangen, soweit sie mit seinen Mitteln erworben sind.

Damit ist auch auf diesem Wege keine allgemeine Lösung des Problems zu erreichen, wie den Interessen des Geschäftsherrn an der Ausübung der Gestaltungsrechte Rechnung getragen werden kann.

Auch über eine Vollmachtserteilung ist eine weitergehende Berücksichtigung seiner Interessen nicht möglich. Die gleichen Bedenken, die gegen einen Anspruch auf Ausübung der Gestaltungsrechte durch den aus Gefälligkeit tätigen Geschäftsführer bestehen, bestehen auch gegen einen Anspruch auf Erteilung einer Vollmacht an den Geschäftsherrn zur Ausübung der Gestaltungsrechte.

Die Gestaltungsrechte sind durch Vertreter ausübbar¹, aber ein Anspruch auf Erteilung einer Vollmacht zur Ausübung der Gestaltungsrechte läßt sich aus dem unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsverhältnis nicht begründen.

Es macht für die Position des Geschäftsführers keinen wesentlichen Unterschied, ob er die Gestaltungsrechte selbst ausübt, oder der Auftrag-

1 Erman-Westermann, § 399 B em. 5; Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 73 I 3, S. 443; Siber, Lehrb., S. 142; Oertmann, § 399 Bem. 1 g; v. Tuhr, Lehrb. I, S. 226; Diss. Quecke, S. 32.

geber sie in seinem (des Beauftragten) Namen ausübt. In beiden Fällen ist der Beauftragte "Ausübender", und er ist Prozeßpartei, wenn sich daraus ein Rechtsstreit entwickelt. Es ist nicht gerechtfertigt, den Geschäftsführer zu einem Prozeß zu zwingen, an dem er nicht interessiert ist und dessen Ausgang er in vielen Fällen nicht absehen kann. Er trägt in jedem Fall das Kostenrisiko, auch wenn eine interne Abmachung vorliegt, wonach dem Geschäftsführer die Kosten zu ersetzen sind.

§ 6 Lösungsvorschlag: Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte zur
Ausübung

Die bisher untersuchten Möglichkeiten lassen keine generelle Lösung des Problems zu. Sie gestatten nur in Einzelfällen unter jeweils verschiedenen Voraussetzungen die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten und Interessen. Bei einem großen Teil der in der Praxis vorkommenden Fallgestaltungen wird sich auf dem einen oder anderen Weg ein angemessenes Ergebnis erzielen lassen. In den übrigen Fällen ist der Geschäftsherr darauf angewiesen, daß der Geschäftsführer von sich aus die Gestaltungsrechte ausübt.

Im modernen Wirtschaftsleben, in dem der sogenannten mittelbaren Stellvertretung eine erhebliche Bedeutung zukommt, reichen diese mehr oder weniger zufälligen Ausgleichsmöglichkeiten zu einer sachgemäßen Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn nicht aus. Diese Situation ruft für ihn und für den Auftragnehmer eine schwer erträgliche Rechtsunsicherheit hervor und beeinträchtigt den Anwendungsbereich der mittelbaren Stellvertretung in erheblichem Umfang. Es bedarf fester Grundsätze und Voraussetzungen für die Einflußnahme des Geschäftsherrn auf die Ausübung der Gestaltungsrechte, wenn das Institut der mittelbaren Stellvertretung seiner wirtschaftlichen Aufgabe gerecht werden soll.

Der Versuch einer generellen und wirtschaftlich gerechtfertigten Lösung hat sich unter Abwägung der kollidierenden Interessen an zwei Punkten zu orientieren: an der Bindung der Gestaltungsrechte an das Rechtsverhältnis als Ganzes und an den Interessen des Vertragspartners, auf dessen Rechtsposition durch die Geltendmachung der Gestaltungsrechte eingewirkt wird.

Ohne über den Rahmen der bestehenden Rechtsordnung hinauszugehen, ist es nicht möglich, dem wirtschaftlichen Geschäftsherrn irgendwelche eigenen Rechte gegenüber dem Vertragspartner zur Wahrung seiner Interessen zuzubilligen¹. Eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Ausübung der Gestaltungsrechte läßt sich nur aus der Position des Geschäftsführer in dem Vertragsverhältnis, auf das sich die Gestaltungsrechte beziehen, ableiten.

¹ siehe oben, S. 46.

Die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte wurde bisher nur als Übertragung der Rechtszuständigkeit erörtert. Eine Übertragung in diesem Sinne bedeutet, daß das Recht seinen Inhaber wechselt und nunmehr dem Zessionar in vollem Umfang mit allen Vorzügen und Mängeln zusteht. Eine solche Einzelrechtsnachfolge ist bei den Gestaltungsrechten wegen ihrer Bezogenheit auf ein ganzes Schuldverhältnis nicht möglich.

Neben der Übertragbarkeit des Vollrechts nach §§ 398, 413 BGB kennt die Rechtsprechung und das Schrifttum eine "Übertragung oder Überlassung von Rechten nur zur Ausübung". Dieses Institut läßt sich - ohne zunächst näher darauf einzugehen - dahingehend kennzeichnen, daß der Legitimierte berechtigt ist, das Recht im eigenen Namen auszuüben, ohne daß ihm das Recht auch materiell zusteht. Das Recht verbleibt seiner Substanz nach dem ursprünglich Berechtigten und nur die Ausübungsbefugnis wird als Teil des Gläubigerrechts auf den Legitimierten übertragen¹.

Diese Konstruktion könnte eine Lösung der Interessenkollision zulassen: die Gestaltungsrechte würden nicht von dem Schuldverhältnis gelöst, auf das sie sich beziehen; der am Vertragsverhältnis beteiligte Geschäftsführer bliebe materiell Inhaber der Gestaltungsrechte, dem wirtschaftlichen Geschäftsherrn würde nur die Ausübungsbefugnis übertragen. Diese gäbe ihm die Position zur Geltendmachung der Gestaltungsrechte im eigenen Namen. Der Geschäftsführer hätte damit nichts zu tun, so daß seinen Interessen damit hinreichend Rechnung getragen wäre². Insoweit bestehen also keine Bedenken, dem Geschäftsherrn aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis einen Anspruch auf Übertragung der Gestaltungsrechte zur Ausübung zu geben.

Dabei stellt sich aber gleich die weitere Frage, ob die Übertragung der Gestaltungsrechte zur Ausübung mit den Interessen des Vertragspartners vereinbar ist. Sie könnte in ihrer Wirkung für den Vertragspartner einer

1 Auch das Gesetz unterscheidet zwischen dem Vollrecht und dem Ausübungsrecht, vgl. z.B. §§ 1059, 1282 BGB, 835, 836, 857 Abs. 3 ZPO.
2 siehe oben, S. 54 ff., von den durch die Ausübung des Gestaltungsrechts entstehenden Verbindlichkeiten gegenüber dem Vertragspartner muß der Geschäftsherr dem Beauftragten vor der Ausübungsermächtigung auf Verlangen freistellen ggf. entsprechende Sicherheiten leisten.

Abtretung gleichkommen. Weiterhin müßte es überhaupt möglich sein, die Ausübungsbefugnis vom Recht selbst zu trennen und die Übertragung zur Ausübung müßte mit dem besonderen Charakter der Gestaltungsrechte vereinbar sein. Die Übertragung zur Ausübung könnte eine Gesetzesumgehung darstellen¹.

1. Die Verfügungsermächtigung

Die Übertragung zur Ausübung hat ihre geschichtliche Grundlage im römischen Recht, das die Forderung als ein unlösbar zwischen Gläubiger und Schuldner geknüpft Band ansah, wodurch eine Übertragbarkeit begrifflich ausgeschlossen war². Aus dem praktischen Bedürfnis des Handelsverkehrs entwickelte sich die Möglichkeit, daß der Gläubiger demjenigen, dem er die Forderung "übertragen" wollte, das *mandatum ad agendum in rem suam* erteilte³. Danach konnte dieser als *procurator in rem suam* die Klage erheben und die Forderung im eigenen Namen einziehen.

Auch im geltenden Recht hat sich die Frage der Übertragbarkeit von Rechten zur Ausübung besonders in der Form gestellt, ob Forderungen nur zur Einziehung übertragen werden können, d. h., ob nur das Recht zur Geltendmachung der Forderung auf einen anderen übertragen werden kann, während das materielle Forderungsrecht dem Zedenten verbleibt. Aus der Diskussion dieser Einzelfrage haben sich dann grundsätzliche Überlegungen zum Problem der Übertragbarkeit von Rechten zur Ausübung ergeben⁴.

Von Tuhr⁵ lehnte die Ausübungsermächtigung aus dogmatischen Gründen ab; nach seiner Ansicht können aus einer Forderung "andere Befugnisse, als die, welche zu einem Nießbrauch oder Pfandrecht gehören, nicht aus-

1 siehe unten S. 77.

2 Vgl. Gai. Inst. 2, 38.

3 Gai. Inst. 2, 38 ff; 4, 86.

4 Enneccerus-Lehmann, Lehrb. § 79 IV 2, S. 322, wollen die Zulässigkeit der "Zession mit beschränkter Wirkung" allein schon aus der historischen Entwicklung begründen, übersehen dabei aber, daß das BGB im Gegensatz zum römischen Recht von der grundsätzlichen Übertragbarkeit von Forderungen und Rechten ausgeht.

5 Lehrb. II, 1, S. 67.

geschieden und auf ein anderes Subjekt übertragen werden". Zu dem gleichen Ergebnis kommen Köhler¹ und Esser², die die Übertragung von Forderungen zur Einziehung für unvereinbar mit dem System der subjektiven Rechte halten. Nach der Meinung Werners³ gibt es keine Übertragung nur des Ausübungsrechts, der Zessionar erwirbt auch bei der Übertragung nur zur Einziehung immer das Vollrecht an der Forderung, es haftet dabei nur dem Grundgeschäft eine den Zessionar verpflichtende Beschränkung an.

Im gleichen Sinn formuliert Siber⁴, es handele sich um Phrasen, wenn gelehrt werde, daß der Zessionar nur "formell und juristisch", der Zedent "materiell und wirtschaftlich" Gläubiger sei.

Die Rechtsprechung⁵ und die wohl h. M. in der Literatur⁶ bejahen die Übertragbarkeit von Forderungen zur Einziehung und begründen sie aus § 185 BGB⁷; sie sehen in der Einziehung der Forderung bzw. in der An-

1 Einziehungsermächtigung, S. 16, 27, 38.

2 Lehrb., § 92, 2, S. 425.

3 Staudinger-Werner, § 398 Bem. II 3.

4 Planck-Siber, § 398 Anm. 16.

5 BGHZ 4, 153(164) - NJW 52, 337 ff; BGH JZ 58, 264 im Anschluß an die ~~un~~ständige Rechtsprechung des RG: RGZ 117, 69(72); 133, 234(241); 141, 410(414); 146, 398(400); 160, 204(210); 166, 218(238); 170, 191(192); RG in Gruch Beitr. 55, 387; RG JW 16, 959; 29, 1747; 37, 541; OGHZ 1, 333(335).

6 Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 204 I 3, S. 1234; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 79 IV 2, S. 321; Kress, Lehrb., S. 517; Titze, Lehrb. S. 122; Nickisch, SchuldR, S. 51; Hedemann, Lehrb., S. 129; Heck, Lehrb., S. 208; Molitor, Lehrb., § 30 I 3, S. 149; RGRK-Kuhn, Anm. 25 vor § 164; RGRK-Löschner, § 398 Anm. 41; Staudinger-Coing, Vorbem. Rdziff. 63 d vor § 164; Soergel-Siebert-v. Lasaulx, § 185 Anm. 35; Wagnier, § 398 Anm. I, Oertmann, vor § 398 Bem. 2 a; Erman-Westermann, § 398 Bem. 2 u. 14; Erman-Böhle-Stamschräder, § 185 Bem. 12; Siebert-Treuhandverhältnis, S. 262 ff; Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 130; Zitelmann, AcP 99, 1 ff; Wienstein, DJZ 1905, 833 ff; Jander, JW 13, 471; Schmidt, Gruch Beitr. 57, 241; Richter, Gruch Beitr. 60, 766.

7 aA. Ludewig, Ermächtigung, S. 30 ff, er lehnt die Anwendung des § 185 BGB ab. Er unterscheidet zwischen Recht und Rechtsausübung und glaubt aus dem Gesetz den allgemeinen Satz der Überlassung der Rechtsausübung herleiten zu können und kommt insoweit zum gleichen Ergebnis. Löbl, AcP 129, 257 ff; 130, 1 ff hat die Einziehungsermächtigung als Übertragung des Gläubigerrechts nur gegenüber dem Schuldner konstruiert, während die Rechtszuständigkeit im übrigen (gegenüber jedem Dritten) dem Gläubiger verbleiben soll. Er glaubte diese Konstruktion aus dem Wesen des Forderungsrechts herleiten zu können.

nahme der Leistung als Erfüllung eine Verfügung über die Forderung¹.

Nach § 185 Abs. 1 BGB sind Verfügungen eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand² von Anfang an wirksam, wenn der Berechtigte darin eingewilligt hat. Unter Einwilligung versteht das Gesetz die vor der Vor-
nahme des Rechtsgeschäfts erteilte Zustimmung³. Daraus ergibt sich, daß der Berechtigte einen anderen wirksam zu einer Verfügung ermäch-
tigen kann, d. h. er kann ihm die Macht erteilen, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken⁴.

Die Möglichkeit der Ermächtigung zur Verfügung über eine fremde Sache ergibt sich aus dem Gesetz⁵. Der Eigentümer kann einen anderen zur Veräußerung einer Sache im eigenen Namen ermächtigen. Streitig ist, ob die Verfügungsermächtigung auch auf Forderungen und sonstige Rechte anwendbar ist.

Köhler⁶ und Larenz⁷ beschränken die Anwendung der Verfügungsermächtigung auf Herrschaftsrechte. Bei den Forderungsrechten sei eine solche "Aufspaltung" des Gläubigerrechts mit den berechtigten Interessen des Schuldners nicht vereinbar. Sie habe eine einseitige Erweiterung der Schuldnerverpflichtungen zur Folge. Der Schuldner habe dann außer an seinen Gläubiger auch an den Einziehungsberechtigten zu leisten und im Fall des Widerrufs der Ermächtigung sei er nicht geschützt, wenn er an den vermeintlich Ermächtigten leiste. Der Gläubiger könne zwar ein erhebliches Interesse an der Einziehungsermächtigung haben, dieses müsse aber gegenüber den weit beachtlicheren Schuldner- und Verkehrsinter-

1 Leonhard, Lehrb., S. 675 f; Soergel-Siebert-Schmidt, § 398 Anm. 14; Palandt-Danckelmann, § 398 Anm. 7; Schöniger, AcP 96, 163 ff; Müller, Seuff. Bl. 72, S. 967 ff; Diss. Loewenthal, S. 12, die vom Standpunkt der realen Leistungsbewirkung den Verfügungscharakter der Leistungsannahme verneinen.

2 Unter den Begriff "Gegenstand" fallen nicht nur Sachen, sondern auch Ansprüche und Rechte (vgl. § 90 BGB; Staudinger-Coing, § 185 Rdziff 1).

3 Staudinger-Coing, § 185 Rdziff. 4; RGRK-Kühn, 185 Anm. 3.

4 Soergel-Siebert-v. Lasaulx, § 185 Anm. 53; Lehmann, Lehrb., § 37 VI, S. 334; Ludewig, Ermächtigung, S. 2; Rosenberg, JZ 52, 137.

5 v. Tuhr, Lehrb., I, S. 243, hielt die Verfügung eines Nichtberechtigten nur bei Anonymität des Berechtigten für möglich.

6 aaO., S. 15.

7 SchR I, § 30 V c, S. 357; Vertrag u. Unrecht I, 122.

essen zurücktreten¹. Außerdem lasse sich aus der bloßen Überlassung des Forderungsrechts zur Ausübung keine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an den Einziehungsberechtigten herleiten. Die nur zwischen dem Gläubiger und dem Inkassozeessionar erfolgte Ermächtigung könne den Schuldner nicht binden².

Diese Einwände ergeben sich im wesentlichen aus dem besonderen Charakter des Forderungsrechts als wechselseitige Beziehung, bei dem dem Leistungsanspruch des einen die Leistungsverpflichtung des anderen entspricht³. Sie richten sich daher auch vornehmlich gegen die Zulassung der Einziehungsermächtigung bei Forderungen und nicht allgemein gegen die Ermächtigung zur Geltendmachung fremder Rechte.

Bei der grundsätzlichen Frage, ob außer den Herrschaftsrechten auch andere Rechte zur Ausübung übertragen werden können, ist zu berücksichtigen, daß eine Ausübungsermächtigung im Sinne des §185 BGB über die Bevollmächtigung der §§ 164 ff BGB hinaus nur die Befugnis enthält, im eigenen Namen das Recht des Geschäftsherrn zur Geltung und Durchführung zu bringen. Bevollmächtigter und Ermächtigter handeln aus der Verfügungsmacht des Berechtigten. Sie können verfügen, weil dieser die primäre Zuständigkeit zur Verfügung besitzt und sie zur Verfügung bevollmächtigt bzw. ermächtigt hat⁴. Die Tätigkeit kraft Einwilligung unterscheidet sich damit von der Stellvertretung nur in den Konsequenzen, die sich aus dem Offenkundigkeitsprinzip ergeben. Die unmittelbare Wirkung des Handelns trifft bei der Vertretung den Vertretenen, dieser wird unmittelbar berechtigt und verpflichtet, während der Ermächtigte selbst berechtigt und verpflichtet wird.

Aus dieser Überlegung ergibt sich, daß keine grundsätzlichen Bedenken

1 Esser, Lehrb., § 92, 2, S. 424; ebenso Hirsch, aaO., S. 170 ff. aa. BGH 4, 153(165): "Die gegenüber der Vollabtretung abgeschwächte Wirkung der Einziehungsermächtigung rechtfertigt ihre Zulassung ohne weiteres in allen Fällen, in denen eine Vollabtretung zulässig sein würde"; ebenso Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 79 IV 2, S. 321.

2 Löbl, AcP 129, S. 279 ff; aa. Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 204 I 1 a, S. 1234; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 262 ff; Nipperdey, Festschrift, S. 321.

3 Es kann im Rahmen dieser Untersuchung dahinstehen, ob diese Argumente durchgreifen und die Ermächtigung zur Einziehung von Forderungen nicht möglich ist.

4 Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 103.

bestehen, die Übertragung zur Ausübung nicht nur bei Herrschaftsrechten, sondern auch bei sonstigen Rechten zuzulassen, soweit diese durch Vertreter geltendgemacht werden können¹. Sie stellt sich als Ermächtigung zur Verfügung über ein fremdes Recht im eigenen Namen dar². Die Substanz des Rechts verbleibt dem Legitimierten, der "Zessionar" wird ermächtigt, das Recht im eigenen Namen auszuüben³.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß bei allen Rechten eine Ermächtigung zur Geltendmachung möglich ist. Sie kann bei einzelnen Rechten mit Rücksicht auf die entgegenstehenden Interessen Dritter ausgeschlossen sein. Diese Frage läßt sich nur für jedes Recht einzeln entscheiden und wird für die Gestaltungsrechte noch eingehend zu erörtern sein⁴.

2. Anwendung der Verfügungsermächtigung auf die Gestaltungsrechte

Für die Anwendung der Ermächtigung auf die Gestaltungsrechte ergibt sich zunächst einmal keine Besonderheit. Die Einwirkung auf ein Recht durch eine einseitige Gestaltungserklärung ist eine Verfügung im Sinne

1 RGZ 117, 69(72) erkennt im Wechselrecht die Gültigkeit der sog. Inkassoidossamente an mit der Wirkung, daß der Inkassoidossatar im Innenverhältnis nur Beauftragter ist, während er nach außen als Gläubiger der im Innenverhältnis ihm fremd gebliebenen Rechte gilt. Es führt dann unter Hinweis auf das Aktienrecht und § 185 Abs. 1 BGB weiter aus, "auf allen Gebieten des Rechts drängt die Entwicklung, eine Übertragung der Legitimation zur Ausübung fremder Rechte anzuerkennen". Die gleiche Feststellung trifft RGZ 133, 234(241).

2 Staudinger-Coing, § 185 Rdziff. 5; Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 204 I 3 a, S. 1234; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 79 IV 2, S. 321; Soergel-Siebert-v. Lasaulx, § 185 Anm. 24.

RGZ 73, 306(308) beruft sich zur Begründung der Ausübungsübertragung auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit und auf Gesetzesvorschriften, §§ 1282 BGB, 835, 836 ZPO, die ähnliche Befugnisse einräumen, in späteren Entscheidungen stützt sich das RG dann auf § 185 BGB, wenn es auch sprachlich nicht ganz eindeutig "Übertragung bzw. Abtretung der Einziehungsbefugnis", RGZ 146, 399(404), formuliert.

3 Es wäre richtiger, den Begriff "Übertragung zur Ausübung" durch "Ausübungsermächtigung" zu ersetzen, aber dieser Begriff ist in der Literatur gebräuchlich und soll daher auch hier weiter verwendet werden.

4 siehe unten S. 77.

des BGB¹. Der Begriff der Verfügung ist im Gesetz nicht bestimmt; nach einhelliger Meinung ist darunter ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das der Verfügende auf ein bestehendes Recht unmittelbar einwirkt, das Recht also aufgehoben, übertragen, belastet oder sonst in seinem Inhalt verändert wird².

Die Kündigung eines Darlehens macht die Rückzahlung fällig. Der Darlehensvertrag wird beendet, und die damit verbundenen Rechte und Pflichten werden ausgelöst. Die Anfechtungserklärung vernichtet das bis dahin wirksame Rechtsverhältnis mit rückwirkender Kraft (§ 142 BGB), und durch den Rücktritt wird ein bestehendes Rechtsverhältnis beendet und ein Rückgewährschuldverhältnis ausgelöst³. Die Ausübung des Gestaltungsrechts wirkt weiterhin auch auf das Gestaltungsrecht selbst ein, denn es erlischt mit seiner Ausübung, da es seine Zweckbestimmung erfüllt hat⁴.

Daraus folgt aber noch nicht ohne weiteres, daß eine Ermächtigung zur Ausübung der Gestaltungsrechte möglich ist. Da die Rechtsänderung durch einseitige Erklärung des Gestaltungsberechtigten eintritt, müßte die Vorschrift des § 185 BGB auch auf einseitige Verfügungsgeschäfte Anwendung finden.

¹ BGHZ 1, 294(304); 32, 375(383); BGH NJW 62, 1344 f; RGZ 146, 314 (316); RGRK-Krüger-Nieland, vor § 104 Anm. 9; Staudinger-Coing, Einl. Rdziff. 63 ff vor § 104; Planck-Flad, § 185 Anm. 5; Palandt-Danckelmann, § 104 Anm. 3 d; Rosenthal-Bohnenberg, Anh. zu § 104 Rdnr. 247; Siber, Lehrb., S. 142; Seckel, aaO., S. 237; aA. Sohm, Gegenstand, S. 30. Löwenthal (Diss., S. 13) hat den Verfügungscharakter der Gestaltungsgeschäfte nicht erkannt; er lehnt die Einziehungsermächtigung im Anschluß an Leonhard (Lehrb., S. 675) ab, da die Einziehung einer Forderung keine Verfügung sei und überträgt dieses Ergebnis kritiklos auf die Ausübung der Gestaltungsrechte.

² RGZ 90, 395(399); BGHZ 1, 294(304) - LM Nr. 2 zu § 134; Staudinger-Coing, Einl. Rdziff. 63 ff vor § 104; RGRK-Kuhn, § 185 Anm. 1; Anm. 9 vor § 104; Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 104 Anm. 9; Palandt-Danckelmann, § 104 Anm. 3 d; Enneccerus-Nipperdey, Lehrb., § 143, S. 882; Molitor, Kündigung, S. 2 ff; Reinicke, NJW 64, 2374.

³ Auch den selbständigen Gestaltungsrechten kommt eine solche Funktion zu, so gestaltet die Ausübung des Vorkaufsrechts unmittelbar das materielle Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten, § 505 Abs. 2 BGB.

⁴ siehe oben S. 9.

Die Vorschrift des § 185 BGB unterscheidet nicht zwischen einseitigen und zweiseitigen Verfügungen, aber in der Literatur¹ wird unter Hinweis auf die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 78, S. 382, und Bd. 146, S. 314 ff, die Ansicht vertreten, einseitige Verfügungsgeschäfte eines Nichtberechtigten seien schlechthin unwirksam, auf sie sei § 185 BGB nicht anwendbar².

In den angeführten Entscheidungen hat das Reichsgericht aber nicht die generelle Unanwendbarkeit des § 185 BGB auf einseitige Verfügungsgeschäfte ausgesprochen.

In der ersten Entscheidung hat das Reichsgericht die Auffassung vertreten, für die Aufrechnung genüge es nicht, daß der aufrechnende Schuldner über die gegen den Gläubiger gerichtete Forderung mit Einwilligung des Forderungsinhabers verfügen könne. Es sei vielmehr erforderlich, daß er Inhaber der Forderung sei. Diese Gründe besagen nichts über die Anwendbarkeit des § 185 BGB auf einseitige Verfügungen. Das Reichsgericht hat die Aufrechnung nur abgelehnt, da es nach seiner Auffassung an einer Voraussetzung für die Aufrechnung - der Gegenseitigkeit der Forderungen - fehlt. In seiner Entscheidung Bd. 146, S. 314 ff, hat das Reichsgericht unter Hinweis auf die Vorschriften der §§ 180 und 111 BGB ausgeführt, die Wirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte könne nicht bis zur Erteilung der Genehmigung durch den Berechtigten mit der Folge der Rückwirkung nach § 184 BGB in der Schwebe bleiben. Damit verneint das Reichsgericht nur die Anwendung des Abs. 2 des § 185 BGB, wonach Verfügungen eines Nichtberechtigten durch nachträgliche Genehmigung des Berechtigten wirksam werden, auf einseitige Verfügungsgeschäfte. Es lehnt damit nicht gleichzeitig auch die Anwendbarkeit des § 185 Abs. 1 BGB ab.

Dieser Ansicht des Reichsgerichts ist grundsätzlich zuzustimmen. Nach § 111 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vor-

1 Erman-Böhle-Stamschräder, § 185 Anm. 11; Soergel-Siebert-v. Lasaulx, § 185 Anm. 4; Palandt-Danckelmann, § 185 Anm. 1; Warneyer, § 185 Anm. II; Oertmann, § 185 Bem. 6; Roquette, MietR, S. 163.

2 Ebenso BGH NJW 62, 1344 f, der ohne jede Begründung ausführt, daß § 185 BGB auf einseitige Verfügungsgeschäfte nicht anwendbar sei.

nimmt, unwirksam. Ebenso ist nach § 180 BGB bei einem einseitigen Rechtsgeschäft Vertretung ohne Vertretungsmacht ausgeschlossen. Diese Vorschriften wollen Unklarheiten über die Wirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte im Interesse des Gegners vermeiden. Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ist ein solcher Schutz des Partners nicht erforderlich, da er darüber entscheiden kann, ob er sich auf den Vertrag einlassen will oder nicht, während er sich einseitigen Rechtsgeschäften eines anderen nicht entziehen kann. Er muß sofort wissen, ob das einseitige Rechtsgeschäft wirksam ist, da sich damit der Bestand seiner Rechte und Pflichten ändert. Diese Überlegungen müssen in gleichem Umfang auch für die Konvaleszenz einseitiger Verfügungen nach § 185 Abs. 2 BGB gelten. Die einseitigen Verfügungen und damit auch die Gestaltungsrechte müssen die Rechtslage eindeutig klären¹. Ein anhaltender Zustand schwebender Unwirksamkeit ist mit den Interessen des Erklärungsempfängers nicht vereinbar. Die Vorschrift des § 185 Abs. 2 BGB ist also auf einseitige Verfügungsgeschäfte nicht anwendbar, diese können nicht durch nachträgliche Genehmigung des Berechtigten wirksam werden².

Daraus läßt sich aber noch nicht allgemein die Unanwendbarkeit des § 185 BGB auf einseitige Verfügungen herleiten, wie einige Kommentatoren³ es zu tun scheinen. Verfügt der Nichtberechtigte mit Einwilligung, d.h. mit vorheriger Zustimmung des Berechtigten, so entsteht kein Schwebezustand, da diese Verfügung von Anfang an wirksam ist⁴. Der Schutzgedanke, der §§ 111, 180 BGB zugrunde liegt, greift bei einseitigen Verfügungen, zu denen der Berechtigte einen anderen vorher ermächtigt hat, nicht durch. Durch die Verfügung wird die Rechtslage endgültig verändert, so daß für den Partner keine Rechtsunsicherheit besteht. Mit diesem Argument läßt sich also die Anwendbarkeit des § 185 Abs. 1 BGB auf einseitige Verfügungen nicht verneinen.

Aus im wesentlichen gleichen Erwägungen hat auch das Reichsgericht⁵ im

1 BGHZ 32, 375(383); OGH NJW 49, 671; Palandt-Danckelmann, § 104 Anm. 3 d.

2 Staudinger-Coing, § 185 Rdziff. 6; Lehmann, Lehrb., § 37 VI, S. 335.

3 Erman-Böhle-Stamschräder, § 185 Anm. 11; Soergel-Siebert-v. Lasaulx, § 185 Anm. 4, die sich insoweit zu Unrecht auf RGZ 78, 382 und 146, 314 berufen.

4 RGRK-Kuhn, § 185 Anm. 1; Staudinger-Coing, § 185 Rdziff. 3; Patuschka, aaO., S. 50.

5 Recht 1929 Nr. 1319.

Fall der Mietkündigung durch einen Ermächtigten zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 185 BGB unterschieden und die Anwendbarkeit des Abs. 2 abgelehnt, die Anwendung des Abs. 1 dagegen bejaht¹.

Der Verfügungsgegner muß allerdings die Möglichkeit haben, sich zweifelsfrei von der Zustimmung des Berechtigten zu der Verfügung zu überzeugen. Aus diesem Grunde wird er einseitige Verfügungen eines Nichtberechtigten entsprechend §§ 174, 111 S. 2, 3 BGB sofort zurückweisen können, wenn der Verfügende die Einwilligung nicht schriftlich vorweist. Damit ist dann seinen Interessen hinreichend Rechnung getragen².

Als Ergebnis läßt sich feststellen, daß die Vorschrift des § 185 Abs. 1 BGB auf einseitige Verfügungen, zu denen auch die Gestaltungsgeschäfte gehören, grundsätzlich anwendbar ist.

3. Bedenken aus der Unübertragbarkeit der Gestaltungsrechte

Gegen die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte zur Ausübung ergeben sich Bedenken aus dem besonderen Charakter dieser Rechte. Die gleichen Gründe, die die Unübertragbarkeit der unselbständigen Gestaltungsrechte bedingen, könnten auch ihre Übertragung zur Ausübung ausschließen. Die Übertragung zur Ausübung könnte eine Umgehung der nicht möglichen isolierten Abtretung darstellen und mit den Interessen des Gestaltungsgegners nicht vereinbar sein.

Die unselbständigen Gestaltungsrechte sind nicht selbständig übertragbar, da sie Bestandteil eines Rechtsverhältnisses sind und ihre Korrekturfunktion nur innerhalb dieses Rechtsverhältnisses erfüllen können³. Dementsprechend ist auch die Übertragung dieser Gestaltungsrechte zur Ausübung nicht möglich, wenn sie dabei ebenfalls von dem Rechtsverhältnis getrennt werden.

Zwischen der Abtretung eines Rechts und der Übertragung zur Ausübung

1 Ebenso RGRK-Kuhn, § 185 Anm. 16.

Auch aus § 114 AktG ergeben sich Anhaltspunkte für diese Ansicht. Nach Abs. 4 dieser Bestimmung dürfen Banken das Stimmrecht für Aktien, die ihnen nicht gehören, nur ausüben, wenn sie (vorher) dazu ermächtigt sind.

2 Diss. Quecke, S. 58; Diss. Fischer, S. 26.

3 siehe oben S. 26.

besteht grundsätzlich ein wesentlicher Unterschied. Die Abtretung erfordert eine Übertragung des Rechts zum eigentumsgleichen Erwerb. Der Zedent verliert also das Recht, und der Zessionar tritt in vollem Umfang in seine Position ein (§ 398 BGB). Bei der Übertragung zur Ausübung im Sinne des § 185 BGB erfolgt dagegen kein Rechtssubjektswechsel. Der Ermächtigende, der die Ausübung des Rechts dem anderen überläßt, bleibt Inhaber des Rechts.

Er wird auch nicht in irgendeiner Form von der Ausübung des Rechts ausgeschlossen. Er kann das Recht nach wie vor selbst geltend machen, denn die Ermächtigung gibt dem Legitimierten nicht die alleinige Ausübungsbefugnis¹, da dieser zwar im eigenen Namen, aber nicht aus eigenem Recht handelt. Der Ermächtigte und der Rechtsinhaber sind nebeneinander zur Ausübung des Rechts berechtigt, ohne daß dadurch eine Verdoppelung des Gläubigerrechts erfolgt, da der Ermächtigte seine Befugnis aus der Rechtszuständigkeit des Rechtsinhabers herleitet².

Auch wenn der Ermächtigende zugunsten des Ermächtigten darauf verzichtet hat, das Recht selbst auszuüben, bleibt er zur Geltendmachung befugt. Denn nach § 137 BGB hat der Verzicht nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragsschließenden, beseitigt oder beschränkt aber nicht die Verfügungsbefugnis des Ermächtigenden gegenüber Dritten. Darüberhinaus kann der Rechtsinhaber das alleinige Ausübungsrecht wieder übernehmen. Er kann seine Einwilligung widerrufen und dem Ermächtigten damit die Verfügungsmacht mit Wirkung ex nunc entziehen³, es sei denn, der Widerruf ist vertraglich ausgeschlossen⁴.

Damit büßt der Rechtsinhaber sein Recht durch die Ausübungsüberlassung auch nicht teilweise ein⁵. Der Rechtsinhaber wird in keiner Weise

1 RGZ 133, 234 (241); Ludewig, Diss., S. 96; aA. Löbl, AcP 129, 257 ff für die Einziehungsermächtigung.

2 Zitelmann (AcP 99, S. 68) kommt zu dem gleichen Ergebnis. Nach seiner Ansicht ist die Überlassung zur Ausübung nur eine andere Art von Selbstausbübung, zu der der Rechtsinhaber berechtigt ist, da er sein Recht innerhalb seiner Inhaltsgrenzen in beliebiger Weise ausüben kann. Die Inhaltsgrenzen der Rechte steckt Zitelmann sehr weit und schließt die Ausübungsüberlassung nur bei höchstpersönlichen Rechten und bei einem gesetzlichen Überlassungsverbot (z. B. § 38 BGB) aus (im Ergebnis ebenso Hirsch, aaO., S. 307 ff).

3 RGRK-Kuhn, § 164 Anm. 44; Soergel-Siebert-v. Lasaulx, § 185 Anm 34.

4 Soergel-Siebert-v. Lasaulx, § 183 Anm. 5.

5 RGZ 133, 234(241).

in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt. Die Erteilung der Ermächtigung führt also nicht zu einer Trennung des annexen Rechts von Hauptrecht, so daß die Ratio der Unübertragbarkeit die Ausübungsermächtigung nicht verbietet¹. Damit ist die Übertragung zur Ausübung grundsätzlich auch dann möglich, wenn das Recht selbst wegen seiner Abhängigkeit von einem Hauptrecht nicht selbständig übertragen werden kann².

Dieses Ergebnis kann nicht ohne weiteres auf die Gestaltungsrechte angewendet werden. Zwar werden sie durch die Ausübungsermächtigung nicht von dem Rechtsverhältnis, dem sie zugeordnet sind, losgelöst. Es schließen sich aber die weiteren Fragen an, erstens, ob bei den Gestaltungsrechten überhaupt in der vorgenommenen Weise zwischen dem materiellen Recht und der Ausübungsbefugnis unterschieden werden kann und zweitens, ob nicht die Interessen des Gestaltungsgegners einer Überlassung zur Ausübung entgegenstehen³.

1 RGZ 94, 137; 141, 410(414); 146, 401; RGRK-Löscher, § 398 Anm. 41; Palandt-Danckelmann, § 185 Anm. 4; Warneyer, § 398 Anm. 1; Diss. Fischer, S. 28; Diss. Quecke, S. 60; Domnich, NJW 54, 1589; aA. Diss. Kühne, S. 44; Stoll, AcP 135, S. 234.

2 In Übereinstimmung mit diesem Ergebnis läßt die h. M. die Erteilung einer Ausübungsermächtigung beim Grundbuchberichtigungsanspruch des § 894 BGB zu, der ebenfalls nicht selbständig übertragen werden kann, da er ein Annex des Eigentums am Grundstück ist (BGH in WPM 1960, S. 973; RGZ 78, 90; 112, 265; Staudinger-Seufert, § 894 Rdziff. 29; RGRK-Pritsch, § 894 Anm. 27; Soergel-Siebert-Baur, § 894 Anm. 18; Erman-Westermann, § 894 Bem. 12; § 399 Bem. 5; Palandt-Deegenhart, § 894 Anm. 6 a; Planck-Strecker, § 894 Anm. III 3 a; Westermann, Lehrb., § 73 II 1 b; Kipp-Wolff, § 84 VI; v. Gierke, Lehrb., § 18 II; Ludewig, Ermächtigung, S. 109). Streitig ist dagegen, ob auch nicht abtretbare Forderungen zur Einziehung übertragen werden können. Westermann (Erman, § 399 Bem. 2) und Löscher (RGRK, § 398 Anm. 41) bejahen diese Frage ausdrücklich. Nach ihrer Ansicht kommt die Einziehungsermächtigung insbesondere dann in Betracht, wenn eine Forderungsabtretung mit Rücksicht auf den Inhalt der geschuldeten Leistung nicht möglich ist. Dagegen steht nach Danckelmann (Palandt, § 398 Anm. 7) und Schmidt (Soergel-Siebert, § 398 Anm. 15) der Ausschluß der Abtretbarkeit auch der Einziehungsermächtigung entgegen (ebenso OLG Frankfurt, NJW 54, S. 1040). Dabei werden allerdings Gründe berücksichtigt, die auch schon gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebracht worden sind.

3 Bezüglich der Interessen des Geschäftsführers siehe oben S. 63.

Die Gestaltungsrechte erlöschen durch ihre Ausübung, da sie damit ihre Zweckbestimmung erfüllt haben¹. Daraus ließe sich entnehmen, daß ihr einziger Inhalt die Ausübungsmöglichkeit ist. Die Ausübungsermächtigung führte dann zu dem gleichen Erfolg wie eine selbständige Übertragung und wäre nur eine unzulässige Umgehung der nicht möglichen isolierten Übertragung. Die Gestaltungsrechte erschöpfen sich nicht allein in der Ausübung, der materielle Inhalt der Gestaltungsrechte ist, Änderungen in der eigenen und der fremden Rechtssphäre vornehmen zu können, und die Ausübungsmöglichkeit ist nur ein Ausfluß dieser Rechtsmacht.

Mit diesem Bedenken hängt die weitere Frage eng zusammen, ob die Ausübungsermächtigung mit der Korrekturfunktion der Gestaltungsrechte vereinbar ist, da der Ermächtigte außerhalb des zu gestaltenden Rechtsverhältnisses steht. Der Ermächtigte wirkt durch die Ausübung der Gestaltungsrechte auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Ermächtigten und dem Dritten ein, die Folgen seines Handelns können ihn nicht treffen.

Seydel² verneint aus diesem Grunde die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte zur Ausübung. Das Gestaltungsrecht setze voraus, daß in der Rechtssphäre seines Inhabers Veränderungen vorgegangen seien, die durch die Ausübung des Rechts beseitigt oder zur Vollendung gebracht werden sollten. Daher sei es unmöglich, daß ein anderer das Gestaltungsrecht im eigenen Namen ausübe, da die Wirkungen dann auch in seiner Rechtssphäre eintreten müßten³. Auch Esser⁴ scheint seine Ablehnung der Übertragbarkeit zur Ausübung auf diesen Gesichtspunkt zu stützen, wenn er formuliert, die Gestaltungsrechte seien wegen ihrer dienenden Rolle auch nicht in der Form vom Schuldverhältnis ablösbar, daß ein anderer zur Rechtsausübung ermächtigt werde.

Dieser Ansicht ist in ihrem Ausgangspunkt zuzustimmen, aber nicht in ihrem Ergebnis. Die Korrekturfunktion der Gestaltungsrechte schließt ihre Übertragung zur Ausübung nicht aus. Die Gestaltungsposition ist ein notwendiger Ausfluß der Stellung innerhalb eines Rechtsverhältnisses, die ihre Berechtigung in der Hand eines am Rechtsverhältnis Unbeteiligten

1 siehe oben S. 9.

2 Fruchterwerb, S. 23.

3 Im Ergebnis so auch Planck-Siber, § 399 Bem. 1 c.

4Lehrb., § 24, 2, S. 75 f.

verliert¹. Bei der Prüfung der isolierten Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte genügte diese Feststellung, bei der Untersuchung der Ausübungsermächtigung ist auf den Grund der Unübertragbarkeit zurückzugehen.

Es läßt sich nicht leugnen, daß der zur Ausübung Ermächtigte in keiner Beziehung zu dem Rechtsverhältnis steht und die durch das Gestaltungsrecht herbeizuführende Rechtsänderung nicht in seiner Rechtssphäre eintritt. Eine ähnliche Situation entsteht auch bei der Ausübung der Gestaltungsrechte durch einen Vertreter; auch der Vertreter ist am Rechtsverhältnis unbeteiligt und hat einen gewissen Entscheidungsspielraum über die Ausübung des Rechts. Beide wirken - im Gegensatz zum Zessionar - aus der Position des materiell Berechtigten auf das Rechtsverhältnis ein, der Ermächtigte nur im eigenen Namen². Darin unterscheiden sich Ermächtigung und Stellvertretung wesentlich, aber für die Korrekturfunktion der Gestaltungsrechte hat dieser Unterschied keine entscheidende Bedeutung. Die Korrekturfunktion bedingt nur, daß der am Rechtsverhältnis Beteiligte nicht von der Ausübung der Gestaltungsrechte ausgeschlossen werden kann. Es ist nicht möglich, daß jemand eine Rechtsstellung inne hat und der damit verbundenen Mittel beraubt ist³. Das schließt aus, daß ein anderes Rechtssubjekt Inhaber der Gestaltungsrechte sein kann, aber nicht, daß ein anderer auf ihre Ausübung Einfluß nehmen kann. Der entscheidende Gesichtspunkt hinsichtlich der Korrekturfunktion ist demnach, daß dem Berechtigten die Ausübungsmöglichkeit der Gestaltungsrechte belassen bleiben muß.

Diesem Erfordernis genügt die Ausübungsermächtigung, da der Berechtigte die volle Gestaltungsposition behält. Die Erteilung der Ausübungsermächtigung hindert den Berechtigten nicht daran - wie oben dargelegt -

1 siehe oben, S. 26.

2 Köhler, aaO., S. 9.

Müller-Freienfels, Vertretungen, S. 103: "Bevollmächtigter und Ermächtigter haben nur eine 'Unterzuständigkeit'. Sie handeln nur sekundär aus der Verfügungsmacht des Prinzipals. Der Vertreter sowie der Ermächtigte können verfügen, weil ihr Prinzipal die primäre Zuständigkeit zum Verfügen besitzt und sie zur Verfügung bevollmächtigt bzw. ermächtigt hat."

3 Diss. Quecke, S. 34.

selbst zu gestalten oder die Ermächtigung zu widerrufen, solange der Ermächtigte nicht verfügt hat.

Weiterhin sind die besonderen Interessen des Gestaltungsgegners zu berücksichtigen¹. Dieser will es bei einer Änderung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses ausschließlich mit dem zu tun haben, mit dem auch die vertraglichen Beziehungen bestehen. Für ihn macht es - anders als bei der Korrekturfunktion - einen erheblichen Unterschied, ob ein Dritter als Vertreter des Vertragspartners in dessen Namen oder als Ermächtigt-er im eigenen Namen die Gestaltungsrechte ausübt. Die Überlassung zur Ausübung hat für den Gestaltungsgegner nachteilige Konsequenzen; bei Streitigkeiten steht ihm der Inhaber der Gestaltungsrechte, mit dem die Rechtsbeziehungen bestehen, nicht als Partei, sondern als Zeuge gegenüber. Die Übertragung zur Ausübung kommt in ihrer Wirkung für den Gestaltungsgegner weitgehend einer Abtretung gleich.

Westermann² und Kress³ scheinen diesem Gesichtspunkt keine entscheidende Bedeutung beizumessen. Sie lassen die Ermächtigung zur Ausübung der Gestaltungsrechte - allerdings ohne nähere Begründung - zu.

Dieser Ansicht kann nicht ohne Einschränkung zugestimmt werden. Es ist nicht zu übersehen, daß berechnete Interessen des Gestaltungsgegners der Möglichkeit der Ausübungsermächtigung entgegenstehen. Darüber kann nicht ohne weiteres hinweggegangen werden. Außerdem besteht auch kein Anlaß, die Übertragung der Gestaltungsrechte zur Ausübung generell zuzulassen, da die Ausübungsposition für sich allein dem Legitimierten regelmäßig keinen Vorteil verschafft⁴.

Im Rahmen der Geschäftsbesorgung ergibt sich allerdings eine andere Situation. Der Auftraggeber ist am Vertragsverhältnis nicht beteiligt, aber

1 siehe oben S. 74.

2 Erman-Westermann, § 399 Bem. 5

3 Lehrb., S. 534;

ebenso Diss. Quecke, S. 60; Diss. Fischer, S. 28; Quecke, NJW 52, 827; Friese, NJW 48, 345; Palandt-Danckelmann, Überbl. vor § 104 Anm. 4 e.

4 siehe oben S. 26.

er hat die Vor- und Nachteile des Vertrages zwischen dem Beauftragten und dessen Vertragspartner zu tragen¹. Wenn er die Gestaltungsrechte selbst ausüben kann, hat er einen eigenen Vorteil, da er auf diese Weise den Inhalt des Vertrages und damit auch dessen Auswirkungen auf seine Vermögenslage abändern kann. Entsprechend hat der Geschäftsherr ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Ausübung der Gestaltungsrechte und es besteht ein praktisches Bedürfnis, ihm die Ausübungsposition zu geben, da auf andere Weise seinen berechtigten Interessen nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann². Unter diesen besonderen Umständen erscheint es gerechtfertigt, das Interesse des Gestaltungsgegners, es nur mit dem unmittelbaren Vertragspartner zu tun zu haben, zugunsten einer wirtschaftlich vernünftigen Lösung zurücktreten zu lassen und die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte zur Ausübung zuzulassen.

Dabei ist auch berücksichtigt, daß der Vertragspartner keinen weiteren Nachteil hat: Eine Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit der Ausübung ergibt sich nicht. Der Gestaltungsgegner kann zunächst einmal entsprechend § 174 BGB die Vorlage einer schriftlichen Legitimation verlangen³ und sich so Gewißheit über die Erteilung der Ausübungsermächtigung verschaffen. Weiterhin hat der zur Ausübung Ermächtigte ihm sein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung der Gestaltungsrechte durch Offenlegung seiner Beziehungen zu dem Rechtsinhaber nachzuweisen. Schließlich besteht auch nicht die Gefahr, daß der Gestaltungsgegner doppelt durch den Rechtsinhaber und den Ermächtigten in Anspruch genommen wird. Er kann sich gegenüber beiden auf die vorherige Ausübung durch einen von ihnen berufen. Auch wenn die Ermächtigung widerrufen ist und der Gestaltungsgegner in Unkenntnis des Widerrufs an den Ermächtigten leistet, wird er in analoger Anwendung der Vorschriften über den Rechtsschein der Vollmacht (§§ 168 ff BGB) von seinen Verpflichtungen frei.

Damit bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Übertragbarkeit

1 siehe oben S. 40.

2 siehe oben S. 62.

3 siehe oben S. 72.

der unselbständigen Gestaltungsrechte zur Ausübung¹. Mit Rücksicht auf die Gestaltungsgegner und den besonderen Charakter der Gestaltungsrechte² kann die Ermächtigung jedoch nur mit der Einschränkung zugelassen werden, daß der Legitimierte ein eigenes berechtigtes Interesse an der Ausübung der Gestaltungsrechte haben muß³⁺⁴.

Unter dieser Voraussetzung ist auch die Ermächtigung zur klageweisen Geltendmachung der Gestaltungsrechte im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft möglich⁵. Die gewillkürte Prozeßstandschaft setzt nach h. M. ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung voraus⁶.

¹ vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3; § 398 Anm. 15.

² siehe oben S. 77.

³ Die materiell-rechtliche Ermächtigung setzt normalerweise kein eigenes berechtigtes Interesse des Ermächtigten an der Geltendmachung des Rechts voraus; Enneccerus-Lehmann, Lehrb., § 79 IV 2, S. 322; RGRK-Löscher, § 398 Anm. 41; Pohle, MDR 56, 156.

⁴ In diesem Rahmen ist auch die Pfändung der unselbständigen Gestaltungsrechte zulässig. Die Pfändung erfolgt nach § 857 Abs. 3 ZPO (Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3). Die unübertragbaren Rechte sind zwar nach §§ 851 ZPO, 399, 400 BGB unpfändbar, aber nach § 857 Abs. 3 ZPO sind diese Rechte der Zwangsvollstreckung insoweit zugänglich, wie ihre Ausübung einem Dritten überlassen werden kann. Da die Gestaltungsrechte zur Ausübung überlassen werden können, wenn der Legitimierte ein schutzwürdiges Interesse an der Ausübung hat, können sie entsprechend auch gepfändet werden, wenn der Pfandgläubiger ein eigenes berechtigtes Interesse an ihrer Ausübung hat. Es wird dann nach §§ 857 Abs. 1, 828 ff, 835 ZPO das Ausübungsrecht gepfändet und zur Einziehung überwiesen. Dazu ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Gestaltungsgegner und den Inhaber des Gestaltungsrechts erforderlich.

⁵ Die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Geltendmachung der Mietaufhebungsklage nach MSchG, der das materielle Kündigungsrecht zugrunde liegt, bejahen: LG Frankfurt, NJW 52, 827; LG Braunschweig, Nds. Rpfl. 52, 166; LG Köln, MDR 54, 361; LG Göttingen, NJW 48, 659 - HuW 48, 280; ZMR 53, 159 - BB 53, 220; LG Berlin, MG 28, 174; LG Kreuznach, NJW 55, 950; LG Koblenz, NJW 55, 955; LG Aachen, MDR 52, 774; LG Gießen, JZ 52, 148; Bettermann, MSchG vor §§ 2-4 Anm. 23a; Hans, aaO. vor §§ 2-4; Rosenberg, Lehrb., § 45 II 2 c, S. 190 u. JZ 52, 137; Soergel-Siebert-Schmidt, § 413 Anm. 3; Domnich, NJW 54, 1589; dagegen: LG Berlin HuW, 51, 243; LG Hannover, Nds. Rpfl. 48, 245; Stein-Jonas-Schönke vor § 50 Anm. I 3 b; Roquette, MietR, S. 163 u. DR 1940, 1990 ff; Lewald, NJW 49, 628; mit unterschiedlichen Begründungen.

⁶ BGH NJW 63, 297 f; 61, 1528; BGH MDR 56, 154 - JZ 56, 26; BGH LM Nr. 2 zu 847; OGHZ 1, 333; OGH NJW 49, 304; RGZ 160, 204(210); 166, 218 (238); RG JW 37, 541; Schönke-Schröder-Niese, § 23 II; Stein-Jonas-Schönke vor § 50 Anm. I 3 b; Lent, Lehrb., § 22 II 5; aA. Rosenberg, Lehrb., § 45 II 2 c; Wieczorek, § 50 Anm. G I a.

Diese allgemeine Klagevoraussetzung ist regelmäßig zu bejahen, wenn materiell-rechtlich das eigene Interesse des Legitimierten an der Ausübung der Gestaltungsrechte festgestellt ist.

Ergebnis

Nunmehr bleibt zusammenfassend nur noch, die Rechte des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers gegeneinander abzugrenzen. Dabei ist auf die Vorschrift des § 667 BGB zurückzugehen.

Der Auftraggeber hat aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 667 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Gestaltungsposition gegen seinen Beauftragten. Der Beauftragte hat zwei Möglichkeiten, diese Verpflichtung zu erfüllen. Er kann entweder das Gestaltungsrecht selbst ausüben, da bei dem besonderen Charakter der Gestaltungsrechte ihre Ausübung einer Herausgabe gleichkommt¹, oder er kann seinem Geschäftsherrn die Ermächtigung erteilen, das Gestaltungsrecht selbst im eigenen Namen geltend zu machen. Auf welche Weise der Geschäftsführer seiner Verpflichtung nachkommt, steht ihm regelmäßig frei, er kann zwischen beiden Möglichkeiten wählen. In den besonderen Fällen allerdings, in denen der Geschäftsführer verpflichtet ist, die Gestaltungsrechte auszuüben², steht dem Geschäftsherrn dieses Wahlrecht zu. Er hat dann zwei Ansprüche gegen seinen Geschäftsherrn und er kann entscheiden, ob er von dem Beauftragten die Ausübung der Gestaltungsrechte oder die Erteilung einer Ausübungsermächtigung verlangen will.

Die Wirkung der Ausübung des Gestaltungsrechts tritt in beiden Fällen in der Person des am Vertragsverhältnis beteiligten Geschäftsführers ein; er wird Gläubiger und Schuldner der beiderseitigen Rückforderungsansprüche. Diese Rückforderungsansprüche muß der Geschäftsführer nach § 667 BGB ebenfalls an seinen Geschäftsherrn abtreten, da er diese aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Es steht dem Geschäftsführer allerdings ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu, bis der Auftraggeber ihn von den Verpflichtungen seinem Vertragspartner gegenüber, eventuell durch Sicherheitsleistung, freigestellt hat.

1 siehe oben S. 52.

2 siehe oben S. 57.

Wenn der Beauftragte seinen Verpflichtungen nicht freiwillig nachkommt, hat der Geschäftsherr gegen ihn aus § 667 BGB zwei Ansprüche, die er gleichzeitig im Wege der Klage geltend machen kann (§ 260 ZPO). Er kann einmal auf Übertragung des Gestaltungsrechts zur Ausübung klagen und weiterhin auf Abtretung der künftigen Rückforderungsansprüche gegen seinen Vertragspartner. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Ermächtigung zur Ausübung des Gestaltungsrechts als erteilt (§ 894 ZPO). Der Geschäftsherr kann dann das Gestaltungsrecht gegenüber dem anderen Vertragspartner ausüben.

Schlußbetrachtung

Die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte zur Ausübung bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses hat über die Geschäftsbesorgung hinaus in weiteren Fällen eine erhebliche praktische Bedeutung, die abschließend nur beispielhaft aufgezeigt werden soll.

Im Rahmen des § 816 BGB ergibt sich eine Fallgestaltung, die durch eine Übertragung der Gestaltungsrechte zur Ausübung zufriedenstellend gelöst werden kann:

A hat als Nichtberechtigter ein wertvolles Bild des B wirksam an C veräußert. Der zugrundeliegende Vertrag ist aus irgendeinem Grund anfechtbar. Solange der Vertrag besteht, kann B nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB nur den Erlös bekommen. B kann das Bild von C nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB zurückerhalten - folgt man der Rechtsprechung seit RGZ 163, S. 348, wonach der rechtsgrundlose Erwerb dem unentgeltlichen gleichsteht -, wenn er das Anfechtungsrecht ausüben und so den Vertrag rückwirkend vernichten kann. Da eine Abtretung des Anfechtungsrechts nicht möglich ist, kann B verlangen (§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB), daß A ihm das Anfechtungsrecht zur Ausübung überträgt. Ein eigenes berechtigtes Interesse des B an der Geltendmachung des Gestaltungsrechts ist zu bejahen. Wenn der Berechtigte durch die Gleichstellung des rechtsgrundlosen mit dem unentgeltlichen Erwerb weitgehend geschützt werden soll, so muß er auch die Möglichkeit haben, die Voraussetzungen für die Rückforderung nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB durch Ausübung der Gestaltungsrechte zu schaffen.

Auch in dem folgenden Fall läßt sich durch Zulassung der Ausübungsermächtigung ein wirtschaftlich vernünftiges Ergebnis erreichen: Der Schuldner A hat sich eine wertlose Kopie als "echten Rembrandt" verkaufen lassen und dabei sein ganzes Vermögen verwendet. Er will aus irgendwelchen Gründen - etwa weil er einen Prozeß scheut - den Kaufvertrag nicht anfechten. Der Gläubiger B des A kann nur zu Geld kommen, wenn er sich das Anfechtungsrecht zur Ausübung übertragen und den Rückzahlungsanspruch gegen den Verkäufer abtreten läßt, bzw. das Anfechtungsrecht nach § 857 Abs. 3 ZPO und den Anspruch aus § 812 BGB nach §§ 828 ff ZPO pfänden kann. Ein berechtigtes Interesse des Gläubigers

B an der Ausübung des Anfechtungsrechts liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise vor. Durch den anfechtbaren Kaufvertrag wird dem B die Haftungsmasse entzogen; nach der Geltendmachung des Gestaltungsrechts steht diese wieder zur Verfügung.

Damit ermöglicht die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte zur Ausübung über den unmittelbaren Rahmen der Arbeit hinaus in weiteren Fällen einen wirtschaftlich angemessenen Interessenausgleich.

Lebenslauf

Am 3. August 1937 wurde ich als fünftes Kind des Regierungsrates Leo Waltermann und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Laackhove in Münster/Westf. geboren; ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach der Volksschule besuchte ich das Staatliche Gymnasium Paulinum in Münster und legte dort am 7. März 1957 die Reifeprüfung ab. Im Sommersemester 1957 nahm ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster auf und schloß es dort mit dem Sommersemester 1961 ab. Während des Sommersemesters 1958 studierte ich an der Philipps-Universität in Marburg.

Am 29. Juli 1961 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung und am 8. März 1966 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Juni 1966 bin ich Rechtsanwalt in Münster/Westf.

Münster, im Juni 1968

